

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

La Continuation des Sociétés de personnes avec les Héritiers

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le mercredi 8 juin 1932, à 2 heures

PAR

Élisabeth GAZAGNE

Avocat à la Cour d'Appel

Président : M. HÉMARD, professeur

*Suffragants : { MM. CASSIN, professeur
 ESCARRA, professeur*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1932

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547521_0052

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

La Continuation des Sociétés de personnes avec les Héritiers

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le mercredi 8 juin 1932, à 2 heures

PAR

Élisabeth GAZAGNE

Avocat à la Cour d'Appel

Président : M. HÉMARD, professeur

*Suffragants : { MM. CASSIN, professeur
 ESCARRA, professeur*

PARIS

JOUVE & Cie, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1932

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les Thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*



La Continuation des Sociétés de personnes avec les Héritiers

INTRODUCTION

I

Les différentes clauses de continuation dans les sociétés de personnes

1. — Les conditions de la vie économique moderne entraînent la création de nombreuses sociétés. Elles se développent sous des formes différentes, dont certaines étaient inconnues du droit romain, mais elles suivent, sous cette diversité apparente, des règles de fond immuables qui tiennent à leur nature. C'est ainsi qu'elles sont toutes fondées dans une certaine mesure sur la considération de la personne de leurs membres. Cet *intuitus personae* est de telle importance que les sociétés de capitaux elles-mêmes ne s'en sont pas entièrement dégagées.

Pour qu'une société puisse réaliser l'objet qu'ont eu en vue ses fondateurs, au moment de sa création, elle doit naître viable et durer. Malheureusement, si l'on est amené à admettre pour les sociétés, une fiction juridique de personnalité morale indépendante de celle des associés, il faut cependant tenir compte de la durée même de la vie de ceux qui sont les animateurs de ces sociétés, les associés.

Qui n'aperçoit dès lors l'importance de la question que nous posons : que devient la société à la mort des membres

qui la composent ? Et l'on comprend aussitôt l'intérêt que présente le problème pour les sociétés dans lesquelles la considération de la personne même de l'associé est un des principaux facteurs d'entente et de cohésion.

* * *

2. — Si l'on considérait les obligations de l'associé comme des obligations ordinaires, leur transmission à ses héritiers s'imposerait en vertu de l'article 1122 du Code civil, mais l'application de cette règle se heurte au caractère personnel du contrat de société, et c'est par suite logiquement que l'article 1865 décide que la société prendra fin à la mort de l'un des associés.

Elle ne continuera donc ni entre les associés survivants ni avec les héritiers du prédécédé.

Une solution telle, si on lui donne un caractère absolu est trop rigoureuse, c'est pourquoi l'article 1868 apporte à la règle que nous venons d'exposer un tempérament d'une très large portée. Il permet, en effet, la continuation de la société soit avec les associés survivants, soit avec les héritiers de l'associé prédécédé.

ART. 1868. — « S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies ; au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède. »

L'article 1868 soulève de grandes difficultés quant à ses conditions d'application ou à ses effets, mais il n'est pas d'ordre public, les parties peuvent donc stipuler des clauses qui, tout en respectant son principe, introduisent des modifications appropriées aux besoins de la société.

Les clauses en usage se divisent en deux groupes : d'une part, celles qui ont trait à la continuation de la société entre

les associés survivants, et d'autre part, celles qui concernent la continuation de la société avec les héritiers du défunt.

Seules, les dernières feront l'objet de notre étude.

L'expression « son héritier », par laquelle l'article 1868 désigne les héritiers continuateurs est trop vague pour que les clauses de prorogation ne s'attachent pas à la préciser.

A ce point de vue, on peut distinguer :

1^o Les clauses qui visent la continuation de la société avec les héritiers du prédécédé, à l'exclusion de ses représentants et du conjoint survivant, ou celles qui visent, au contraire les représentants et le conjoint en même temps que les héritiers.

C'est ainsi qu'on peut lire dans de nombreux statuts la disposition suivante :

« En cas de décès de l'un des associés, pendant le cours de la société, celle-ci ne sera pas dissoute, mais continuera d'exister entre les associés survivants et les représentants du prédécédé, lesquels devront se faire représenter par l'un d'eux dans tous leurs rapports avec la société (1). »

La clause que nous venons de reproduire est générale en ce qu'elle concerne, d'une part tous les héritiers d'un même associé, et d'autre part les héritiers de tous les associés. D'autres clauses ont à ce point de vue un effet plus restreint : les associés peuvent déclarer, par exemple qu'un seul de leurs héritiers, nommément désigné, entrera dans la société prorogée, ou que le bénéfice de la continuation ne pourra être invoqué que par les héritiers d'un ou de plusieurs associés désignés.

Certaines clauses sont enfin stipulées au profit du seul conjoint survivant :

« Lors de la dissolution de la société arrivant par le décès d'un associé, le conjoint survivant aura le droit de conserver pour son compte personnel la part sociale du prédécédé, à charge par lui, de tenir compte en espèces aux héritiers de son conjoint, du montant de leurs droits nets tels qu'ils seront

1. Voir pour ces formules HOUPIŒ et BOSVIEUX, *Sociétés*, t. III.

fixés par l'inventaire dressé à la date du décès de tous les biens de la société. Ce paiement aura lieu dans un délai de ... années, sans intérêts jusque-là ou avec intérêts à ... % l'an payables par semestre. »

2° Au point de vue de leurs effets, les clauses de continuation se divisent également en plusieurs types.

En ce qui concerne tout d'abord leur caractère obligatoire, les unes font dépendre la prorogation de la société de la volonté des associés survivants :

« En cas de décès de l'un ou de l'autre des associés, la société sera dissoute de plein droit, à moins que dans le mois suivant ce décès, l'associé survivant ne s'entende avec les héritiers pour la continuation de cette société. »

En vertu de la clause dite de triple option, les associés survivants peuvent même prendre l'un des trois partis suivants : dissoudre la société, la continuer entre eux, ou la continuer avec les héritiers du prédécédé.

Par contre il existe d'autres clauses qui laissent aux seuls héritiers, le choix entre la dissolution ou la continuation de la société.

Certaines clauses présentent enfin un caractère facultatif à la fois pour les héritiers et les associés survivants : « En cas de décès d'un associé, peut-on lire dans les statuts, les héritiers ou représentants auront la faculté d'opter pour la continuation de la société ou sa dissolution, à charge pour eux de notifier leur intention aux associés survivants par lettre recommandée, dans le mois du décès de leur auteur... s'ils n'ont pas pris parti dans le délai qui leur est réservé, les associés survivants auront la faculté, en faisant connaître leur intention dans un nouveau délai d'un mois de conserver pour leur compte personnel et exclusif tout l'actif social... »

Les clauses de continuation peuvent stipuler que la société continuera avec les héritiers dans les mêmes conditions que par le passé, ou qu'elle changera de type, c'est ainsi que de société en nom collectif elle deviendra une société en commandite à l'égard des héritiers, stipulation extrêmement fréquente en pratique.

Signalons enfin que la plupart des clauses prévoient le cas où plusieurs associés viendraient à mourir successivement avant la fin de la société ; ces décès risqueraient d'entraîner la rupture de l'équilibre social primitif, surtout lorsque les associés survivants arriveraient à se trouver en minorité en face de ceux des héritiers continueurs qui prendraient part activement à l'administration de la société.

Nous reproduirons la clause qui permet de remédier à ce grave inconvénient : « En cas de décès de l'un des associés au cours de la société, la société ne sera pas dissoute, elle continuera d'exister entre les deux associés survivants comme seuls associés en nom ayant la signature sociale, et les héritiers et représentants de l'associé décédé qui seront simples commanditaires pour la part de capital de leur auteur dans la société, telle que cette part sera fixée après le dernier inventaire commercial ayant précédé le décès et ce rétroactivement à partir du premier jour de l'exercice social courant à l'époque du décès.

Toutefois, en cas de décès de deux associés, l'associé en nom collectif survivant pourra s'opposer à la continuation de la société, et s'il use de cette faculté la société sera dissoute de plein droit.

Enfin, dans le cas où le dernier associé en nom collectif survivant viendrait lui-même à décéder dans le cours de la société, cette société serait dissoute de plein droit à moins que tous les associés ou leurs représentants ne s'entendent pour la nomination d'un nouveau gérant, ou pour la transformation de la société en société d'un autre type.

Les clauses de continuation s'attachent enfin à régler les droits des héritiers exclus, en stipulant qu'un paiement en espèces les remplira de leur part, et c'est une de leurs plus grandes utilités, car elles évitent ainsi le partage prévu par l'article 1868 ; partage qui serait l'équivalent de la ruine pour la société, dans la majorité des cas.

Elles établissent les modalités du paiement dont le principe est ainsi posé, le mode d'évaluation de la part du défunt, et les droits des héritiers dans l'administration de la

société. Les clauses que nous avons reproduites montrent d'ailleurs quelles sont les stipulations en usage sur ces divers points.

* * *

3. — Il est à constater qu'à notre époque, pour des raisons d'ordre économique, les rapports entre associés se sont faits moins intimes qu'ils ne l'étaient en droit romain même dans les sociétés qui ne sont pas fondées exclusivement sur la réunion des capitaux et qui dépendent de l'article 1865.

Si la considération de la personne des associés est toujours de la nature du contrat de société, elle n'est plus en général de son essence, et dans un grand nombre de cas, on peut considérer les obligations qui naissent de la société comme des obligations ordinaires, en ce qui concerne leur transmission aux héritiers.

C'est donc à bon droit que le législateur a déclaré que les héritiers pourraient entrer dans la société prorogée, si telle était la volonté des parties.

Cette solution est conforme à l'intérêt des associés, à celui de leurs héritiers et des tiers.

1. A celui des associés : la perspective de la disparition subite d'une affaire est toujours néfaste à son crédit.

D'autre part une liquidation des affaires sociales à un moment où la société n'a pas eu le temps de réaliser les travaux pour lesquels elle s'était constituée, ni de récupérer les frais qu'ils ont nécessité, est pour elle trop souvent l'équivalent de la ruine.

En second lieu, il serait injuste de priver les héritiers, malgré la volonté du défunt de la source d'enrichissement que peut constituer pour eux le fonctionnement d'une société prospère.

Enfin, il ne faut pas limiter les inconvénients d'une dissolution précipitée aux seuls associés, mais considérer la question à un point de vue social, en tenant compte de l'intérêt

général. Et, sous cet aspect, la brusque disparition d'une affaire prospère est une cause de trouble dans la vie économique. Elle risquerait de produire de graves perturbations si elle se renouvelait sur une grande échelle, surtout dans une époque de crise du commerce ou de l'industrie, alors qu'il faut au contraire lutter contre le chômage. La perte de richesse des particuliers équivaut toujours à la perte d'une partie de la richesse sociale.

Pour toutes ces raisons, qui se sont toujours fait sentir, quoique à un degré moindre, le principe de la continuation de la société par les héritiers a été admis de plus en plus largement et nous suivrons son évolution en droit romain, et dans l'ancien droit avant de voir comment la jurisprudence l'a appliqué.

II

Evolution des clauses de continuation

I. — Droit romain.

4. — Le droit romain a connu le contrat de société ; il se définissait comme en droit français, un contrat synallagmatique par lequel deux ou plusieurs personnes se promettent réciproquement de mettre en commun certaines valeurs pour atteindre un but licite.

Dans la plupart des cas, ce but consistait à réaliser un bénéfice, mais à la différence du droit moderne qui établit une différence entre la société (art. 1832 C. c.) et l'association (L. 1^{er} juillet 1901), l'esprit de lucre n'était nullement essentiel.

Les sociétés de cette époque reculée ont toutes le caractère de sociétés de personnes. La vie économique d'un pays s'appuie sur les institutions qui favorisent le mieux son essor. C'est au développement extraordinaire du commerce et de l'industrie depuis les temps modernes que nous devons les sociétés de capitaux. L'étendue du marché, a-t-on fait justement observer, mesure l'emploi du capital. La solidarité internationale, de nos jours, fait naître et prospérer de grandes entreprises que le marché antique, peu sûr et sans débouchés, ne justifiait pas.

On trouve cependant, à Rome, quelques traces de sociétés de capitaux, mais, bien entendu, sans comparaison possible avec ce que l'on entend, de nos jours, par ce terme. L'*intuitus personae* est dans tous les cas l'élément essentiel des socié-

tés. L'associé qui manque à son devoir encourt l'infamie. Une confiance réciproque est, en effet, la condition principale de la formation des sociétés, condition que l'on s'explique parfaitement dès que l'on analyse le caractère de ces sociétés.

Les sociétés, à Rome, sont de différentes natures, elles sont universelles ou à titre particulier. Elles ont un caractère privé ou sont des personnes morales.

On rencontre fréquemment les sociétés universelles de tous biens présents ou à venir, acquis à titre onéreux ou à titre gratuit. Les sociétés trouvent leur origine dans ces sortes d'associations familiales qui se forment entre enfants après la mort du père.

On rencontre également la société universelle de gains et acquêts, qui ne s'applique ni aux biens présents, ni aux biens à venir, acquis à titre gratuit, mais qui comprend seulement les revenus de ces biens et les acquisitions faites à titre onéreux pendant la durée de la société. Leur origine se rattache aux sociétés d'affranchis d'un même patron, les « *colliberti* », qui mettaient en commun les produits de leur travail.

Les sociétés à titre particulier sont de deux sortes :

Les unes se restreignent à une simple opération ou à un seul objet (*societates unius rei*) ; les autres (*alicujus negotiationis*) poursuivent une série d'opérations de même nature. Telles sont les sociétés de banquiers (*argentorae societates, socii argentarii*), d'entreprises pour toutes opérations de commerce de terre et de mer, pour la traite des esclaves, les achats de terrains à bâtir, les entreprises de construction, et un grand nombre de spéculations qui nécessitaient des transactions et des voyages lointains ou des transports maritimes.

Enfin certaines sociétés ont le caractère de personnes morales qui ne peut leur être accordé que par la loi.

Ce caractère ne fut reconnu qu'aux sociétés de publicains (*societates vectigalis*) auxquelles on peut ajouter les sociétés formées pour l'exploitation des mines d'or ou d'argent et des

salines, les dernières exceptées, toutes les autres sont des sociétés privées.

5. — Les sociétés de personnes prennent fin avec la vie des associés (*solvitur ad huc societas etiam morti socii*) (1).

C'est une conséquence de leur nature. Leurs membres se sont choisis parce qu'ils se connaissaient et s'estimaient, le décès de l'un d'eux ne peut manquer de compromettre l'équilibre social, surtout si les qualités de celui qui disparaît avaient seules déterminé les autres à s'associer.

Logiquement, la société doit cesser et pour qu'elle puisse continuer, soit entre les survivants, soit entre ces derniers et les héritiers du défunt, une convention nouvelle est nécessaire.

La mort naturelle ou civile d'un associé paraît donc aux Romains comme la plus capitale de toutes les causes de dissolution, ils n'admettaient à ce principe rigoureux qu'un seul tempérament, et encore ne pouvons-nous le trouver avec certitude que sous JUSTINIEN, il permit d'introduire dans le contrat une clause stipulant que la société continuerait quoique privée d'un ou de plusieurs de ses membres.

« *Sed si consensu plurium societas coita est, morte unius socii solvitur et si plures supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit* » (2).

Mais cette clause n'a d'effet qu'entre les survivants ; les jurisconsultes romains ne permirent jamais aux héritiers du prédécédé de bénéficier de la survie du pacte social. Ils déclarent nulle la convention par laquelle il aurait été stipulé dans le contrat que l'héritier de l'associé prédécédé deviendrait à son tour associé à la place du défunt (3).

ULPIEN dit expressément (4) :

« *Nemo potest societatem hæredi suo sic parere, ut ipse hæres socius sit.* »

Ce système repose juridiquement sur deux idées.

1. GAIUS III, Inst. 152.

2. PAUL, livre 65, p. 9, *pro socio*. JUSTINIEN, *Iust.* III, XXV-V.

3. TROPLONG.

4. POMPONIUS, *Digeste pro socio*, 59.

A Rome, les sociétés sont basées sur la confiance réciproque que s'inspirent leurs membres. « La société, disait JUSTINIEN, se forme en vue des qualités personnelles des associés, et elle ne peut dès lors se continuer avec des personnes incertaines et inconnues lors du contrat. »

La seconde raison que POTHIER n'a pas invoquée fut exposée par CUVAS avec beaucoup de netteté.

En interdisant aux associés de stipuler que la société continuerait, avec leurs héritiers, les Romains se préoccupaient de sauvegarder la liberté de tester, dont ils étaient si jaloux et qu'une telle clause mettait en péril.

« Supposons que TITUS ait fait avec SEMPRONIUS une société de tous ses biens et qu'il ait été convenu que la société continuerait avec GAIUS, héritier de TITUS, il fût résulté de là que ce dernier aurait été lié par cette convention, et n'aurait pu tester utilement en faveur d'une autre personne. Si, d'autre part, la convention, au lieu de désigner précisément l'héritier de TITUS, eût porté que la société continuerait avec son successeur en général, elle aurait été nulle pour un autre motif à savoir l'incertitude de la personne avec laquelle la société devait continuer. »

A ces deux raisons d'ordre juridique, ajoutons une raison d'ordre politique, mise en valeur par M. François BESLAY (1).

Le droit romain, nous l'avons vu, reconnaissait les sociétés de tous biens. Par contre, en opposition sur ce point avec le droit français moderne, il interdisait la société héréditaire. C'est qu'autoriser l'une et l'autre eût produit un résultat, contraire aux principes centralisateurs sur lesquels se basait la politique romaine.

La formation de groupements trop riches et trop puissants surtout lorsqu'ils sont perpétuels, met généralement en danger l'indépendance d'un Etat. Ils ne se contentent pas, en effet, d'être une force économique déjà redoutable en elle-même, fatalement, ils se trouvent entraînés à jouer un rôle politique et social, qui tôt ou tard, devient un péril pour la souveraineté de l'Etat.

Les sociétés universelles de biens étant fréquentes en droit romain, le cumul de cette forme de société avec celle des sociétés héréditaires eût amené l'apparition d'une vaste féodalité de grandes associations à caractère perpétuel.

Des citoyens auraient pu se réunir et mettre en commun tous leurs biens, et ce pour une durée illimitée. Ils eussent ainsi constitué en dehors et en face de l'Etat de puissantes corporations, des compagnies assez analogues à nos congrégations, dont l'Etat français prit ombrage à la fin du siècle dernier.

Or, l'Etat romain était trop profondément centralisateur et jaloux de ses prérogatives pour souffrir un pareil état de choses.

« L'organisation du régime féodal en Europe écrit M. BESLAY, ne s'est produite qu'au moment où les principes du droit romain sur les sociétés héréditaires fléchissaient. » Au moyen âge, en effet, la société pouvait être héréditaire et comprendre les biens à venir.

Nous verrons que le législateur du Code civil, en prohibant les sociétés universelles, a été guidé par les mêmes mobiles que le législateur romain ; seulement, comme il s'agissait d'empêcher la combinaison de la société de tous biens et de la société héréditaire, le droit romain autorisant la société de tous biens, a prohibé la société héréditaire (1).

Ainsi, pour des motifs aussi bien d'ordre juridique que politique, le droit romain repousse l'idée de continuation de la société par l'un des héritiers.

Dès lors, au cas de décès d'un associé, l'héritier doit se contenter de la même façon que l'héritier du mandataire, de terminer les opérations sociales dont son auteur avait été chargé. Il était d'ailleurs responsable de son dol dans l'accomplissement de ce devoir, bien qu'il ne fût pas considéré comme associé (2).

1. Le Code civil, pour arriver au même résultat a fait une opération exactement inverse : il autorise les sociétés héréditaires, et prohibe les sociétés universelles.

2. POMPONIUS, livre 7, sur SABINIUS.

6. — Le principe étant ainsi défini, et si absolu qu'il fût en raison des mobiles qui l'inspiraient, souffrait cependant quelques exceptions pour les sociétés de nature particulière.

1^o Ainsi en était-il pour les *vectigales societates*, les sociétés de publicains.

La fiscalité, dans l'empire romain, s'était développée à l'excès ; les ressources de l'Etat se composaient des revenus de l'impôt et de ceux des domaines publics (*vectigalia publica*). C'étaient le droit de péage et de douane (*portoria*), les dîmes de tous fruits (*decimae*), des grains, huiles et vins dont étaient frappées les terres de plusieurs provinces, les dîmes grevant les pâturages appartenant à l'Etat en Italie et dans les provinces (*scripturae*), les produits des mines, des salines et des porcheries.

L'infinie variété de l'impôt et l'immensité des domaines publics rendaient difficile la gestion de l'organisation fiscale.

L'Etat romain avait à choisir entre deux systèmes : le premier, qu'ont adopté les Etats modernes, et sous l'ancien régime, les pays d'Etat, consiste à créer une administration spécialement chargée de poursuivre le recouvrement de l'impôt. Il semble qu'au cours de l'histoire, les contribuables l'aient trouvé satisfaisant.

Par contre, il est coûteux pour l'Etat qu'il oblige à entretenir un personnel considérable de fonctionnaires. L'autre procédé, qui fut en vigueur sous l'ancien régime dans les pays d'élection, consiste à donner en ferme, moyennant une redevance, la perception de l'impôt.

Il présente sur le premier l'avantage de supprimer les frais d'administration et, d'autre part, d'établir un budget fixe et certain au début même de chaque période financière.

C'est ce dernier système qu'adopta l'Etat romain. Toutes les sources de revenus furent affermées aux enchères par le ministère des censeurs, représentant l'Etat, à de véritables sociétés, les « *vectigalium societates* » qui, très puissantes et fortement organisées jouèrent un rôle important dans l'histoire de Rome.

Leurs membres appelés publicains devaient appartenir à

l'ordre des equites, qui payaient le cens le plus élevé, offrant ainsi à l'Etat une garantie suffisante (1).

Les baux, auxquels on donnait le nom de *locationes et vinditiones*, étaient passés pour une période de trois et cinq, ou même cent ans entre l'Etat et les Publicains.

Comme l'Etat ne voulait pas avoir affaire à un grand nombre de services, les fermes étaient peu nombreuses, aussi, pour devenir fermier, fallait-il pouvoir disposer de sommes considérables. C'est pourquoi, de bonne heure, les capitalistes qui voulaient traiter avec l'Etat de cette manière ont dû se constituer en société.

Les sociétés de Publicains, contrairement au principe général pouvaient être héréditaires, les jurisconsultes romains ont admis très tôt la validité de la clause de perpétuation de la société avec les héritiers. L'intérêt de l'administration publique, en effet, justifiait cette exception au droit commun. Sans elle, la dissolution de la société à la mort de l'un des associés aurait entraîné de perpétuelles modifications dans le service financier de gestion de l'Empire. Au contraire, grâce à cette clause, les sociétés de Publicains pouvaient devenir extrêmement florissantes en accumulant au cours des siècles les ressources de plusieurs générations et, d'autre part, des traditions pouvaient s'établir.

Dans ces sociétés, qui ressemblent beaucoup à nos sociétés de capitaux, les capitaux jouent un rôle trop essentiel pour que la personnalité des associés n'apparaisse pas secondaire. Aucun des associés ne paraît indispensable à la conduite des affaires sociales et sa disparition ne rend pas nécessaire la dissolution de la société.

Cependant la clause qui permettait à l'héritier de succéder à son auteur comportait une atténuation (2). L'héritier entrait dans la société mais sans rôle actif, il se trouvait exclus

1. ULPEN, livres 5 et 63, § 6, *pro socio* ; PAUL, livres 1 et 65, § 45 ; CICÉRON, *in verrem*.

2. Qui existe d'ailleurs dans les statuts de certaines sociétés de capitaux modernes.

de l'administration à moins d'une clause formelle (1), et devait être agréé à son tour comme *socius* par les associés survivants. Cet agrément ne lui était donné que s'il se montrait apte à remplir les fonctions occupées par son auteur (*partes defuncti administrare*), s'il pouvait être placé sans inconvénient dans le poste même où le défunt avait opéré la perception des revenus publics (2).

C'est donc l'intérêt public qui avait fait admettre la clause de continuation avec les héritiers.

Au point de vue politique, cette dérogation à la loi générale ne pouvait donner que de mauvais résultats. Les sociétés de Publicains formèrent, grâce à cette possibilité de survie, une véritable caste. MONTESQUIEU dit que leur établissement fut un des grands vices du gouvernement de Rome (3).

Il faut ajouter que la stipulation permettant la survie du pacte social héréditairement devait être expresse et ne se présumait pas.

2° A côté des sociétés de Publicains, il semble que l'on puisse signaler une autre exception au principe d'interdiction des sociétés héréditaires : c'est celle qui a trait aux sociétés à titre particulier ayant pour objet une chose certaine, *unius rei*.

Malgré l'obscurité des textes sur ce point, l'exception qui vise les sociétés « *unius rei* » apparaît toute naturelle. En effet, la raison principale qui fait prohiber la clause héréditaire est la crainte des grandes associations à caractère général et perpétuel formées en dehors de l'Etat. Lorsqu'il s'agit d'une société dont l'objet est limité à une opération isolée, l'interdiction n'a donc pas de raison d'être. La société cesse dès qu'elle atteint son but, et du moment que la perpétuité ainsi que l'accroissement indéfini ne sont pas à craindre, le motif de la prohibition n'existe plus. Il n'y avait pas d'in-

1. POMPONIUS, livre 59, 63, *D. pro socio*.

2. Livre 9, § 4, *D. de Publicanis* (3,9,4) ; E. WORMS, *Sociétés par actions*, p. 12.

3. *Esprit des Lois*, livre XIII, chap. XIX.

convénient à autoriser la clause héréditaire dans une pa-reille société (1).

Dans tous les cas, il est acquis que si la clause est autori-sée, que ce soit pour les sociétés de Publicains ou pour les sociétés à objet limité, du moins cette clause doit-elle être expresse.

3^o Cette règle, elle-même, semble souffrir une exception au cas de sociétés de tous biens, les sociétés ne sont pas con-tractées dans un but de spéculation ; l'idée première en re-monte à l'époque très ancienne où les enfants restaient ordi-nairement groupés autour du foyer domestique. Cette sorte de consortium, lui-même fondé sur un accord tacite, est peu à peu tombé en désuétude et on exigea pour sa formation une convention expresse (2).

Ces sociétés de tous biens se constituent entre personnes appartenant à une même famille, et principalement entre frères (3). Elles supposent entre les membres de la famille une cohésion qui ne se rencontre plus guère de nos jours. Fait remarquable, les enfants conviennent à la mort de leur père, de ne rien changer à la situation antérieure. Le patri-moine familial reste en bien indivis et continue à s'accroître du produit du travail des enfants associés.

Dès lors, on comprend facilement que même après la sup-pression du consortium tacite formé par les membres d'une même famille, les associés des sociétés de tous biens aient songé, lors de la naissance du pacte social, à l'éventualité de leur mort parce que le but de la société de tous biens, es-sentiellement familial, ne devait être atteint que si elle était, à proprement parler, héréditaire.

Sans doute, il intervient, au décès de l'un des membres, une convention pour la continuation de la société, mais cette convention, qui, d'ailleurs, était elle-même tacite la plupart du temps, ne peut-elle pas être considérée comme la ratifica-

1. François BESLAY, thèse 1865.

2. PAPINIEN, 58, 8.

3. SCEVOLA cite cependant une société de tous biens entre époux qui avait duré plus de 40 ans, D. XXXI, 89, 2.

tion d'une clause sous-entendue dans le pacte social et destinée à faciliter le but recherché par les associés.

On peut dire que dans ce cas très spécial de sociétés de tous biens, les associés, au moment de la formation de la société, s'engageaient tacitement à la continuer avec les héritiers du prédécédé, sous réserve d'une simple ratification, lorsque l'événement prévu viendrait à se réaliser.

Nous allons voir que ces exceptions qui tendent malgré les rigueurs du principe à se généraliser, vont se développer de plus en plus dans notre ancien droit jusqu'à modifier complètement l'interdiction originellement absolue du droit romain.

II. — Ancien droit

7. — Sous l'ancien régime, on retrouve la plupart des formes de sociétés déjà connues à Rome.

Aux deux espèces de sociétés universelles pratiquées dans l'Empire romain : *societate universorum bonorum* (Société universelle de biens) et *universorum quoe ex quæstu veniunt* (Société universelle de gains), il faut ajouter la communauté qui se contracte entre conjoints par mariage et celle qui se continue entre le survivant des dits conjoints et les héritiers du prédécédé.

Ces deux dernières formes sont, en effet, des copies de sociétés universelles, mais qui se gouvernent par des principes qui leur sont particuliers.

Quant aux sociétés particulières, elles sont de deux sortes :

Il y a celles qui ont pour but la mise en commun de certaines choses particulières et le partage des fruits ;

Il y a celles qui se forment pour l'exercice en commun d'un art ou d'une profession ;

Il y a enfin les sociétés de commerce. Ex. : « Deux voisins qui avaient chacun une vache sont convenus que les deux vaches seraient communes entre eux. » (1)

1. Exemple cité par POTHIER.

Peu fréquentes sont les sociétés pour l'exercice d'une même profession.

On pouvait cependant constater de nombreuses sociétés de cette espèce entre maçons. De même existait-il un peu partout des associations pour l'exploitation des moulins à blé. Les plus renommées étaient celles de Toulouse, de Moissac et du Basacle. Chaque associé, appelé *pairoi* ou *parcier*, suivant le montant de son intérêt, avait droit à un nombre de parts déterminé. Ces parts reçurent le nom de *uchaux* ou de *saches*, devant sans doute représenter primitivement le produit en nature et en moulture de chaque part. Cette organisation s'est maintenue sans interruption et sans changement dans certaines provinces jusqu'après la promulgation du Code civil.

La dénomination de « *uchaux* » désigne encore les actions qui représentent les premiers droits respectifs des associés au bénéfice de ce genre d'exploitation.

Enfin, l'ancien droit connaît également les sociétés commerciales. SAVARY (1) distingue trois espèces de sociétés de commerce :

1. La Société en nom collectif est celle que contractent deux ou plusieurs marchands pour faire en commun un certain commerce au nom de tous les associés.

2. La Société en commandite est une société qu'un marchand contracte avec un particulier pour un commerce qui sera fait au seul nom du marchand et auquel l'autre contractant contribue seulement par l'apport d'une certaine somme d'argent qui servira à composer le fond de la société.

3. La Société anonyme ou inconnue, appelée aussi compte en participation est celle par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent d'être de part dans une certaine négociation qui sera faite par l'une d'entre elles à son nom seul.

8. — Selon POTHIER, qu'elle soit universelle, qu'elle soit particulière ou indéfinie, ou qu'elle ait été contractée pour un

1. Dans son *Parfait négociant*.

temps limité, cette société finit de plein droit par la mort de l'un des associés.

Le principe romain de l'interdiction des sociétés héréditaires conserve donc une partie de sa force, mais les exceptions deviennent si nombreuses qu'il perd bientôt son caractère à peu près absolu.

Selon GROTIUS, qui le critique, il serait de pur droit civil et particulier aux sociétés privées.

En tous cas, il est à peu près certain, que notre ancien droit, contrairement au droit romain, admit la validité des clauses qui stipulaient la continuation de la société avec les héritiers (1).

En fait, la vieille pratique française eut bien à s'occuper de deux clauses de continuation : celle qui prorogeait la société entre les associés survivants, et celle qui donnait aux héritiers le droit de prendre dans la société la place de leur auteur.

POTHIER estime que, au point de vue de leur validité, il n'y a pas lieu d'établir la moindre différence entre ces deux clauses et que, dans un cas comme dans l'autre, la société doit continuer conformément à la convention.

« Les jurisconsultes romains, dit-il (2), avaient poussé ce principe jusqu'à décider qu'on ne pouvait pas même valablement convenir en contractant la société que l'héritier de celui des associés qui viendrait à mourir pendant le cours de la société deviendrait associé à la place du défunt : « *adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possumus, ut hoeres etiam succedat societati* (3). »

« La raison de cette décision était que la société étant un droit qui est fondé sur l'amitié que les parties ont l'une pour l'autre, sur la confiance réciproque que l'une a dans la fidélité et les bonnes qualités de l'autre, il était contre la nature de la société qu'elle pût se contracter avec une personne in-

1. MASUER, *Des associations*, 28, n° 33.

2. *Traité du contrat de société*, § 145.

3. Livre 59, § 9, cf. *pro socio*.

certaine et inconnue et par conséquent avec les héritiers des parties contractantes qui, lors du contrat, étaient des personnes incertaines, l'associé ne pouvant pas même s'engager à se donner pour héritier une certaine personne. »

« Cette raison ne me paraît pas bien décisive et je crois qu'elle a plus de subtilité que de solidité. C'est pourquoi je pense que, dans notre droit, quoique régulièrement les sociétés finissent par la mort de l'un des associés et que son héritier ne lui succède pas aux droits de la société pour l'avenir, néanmoins, la convention qu'il lui succédera est valable... »

« Les jurisconsultes romains admettaient eux-mêmes cette exception pour la ferme des revenus publics. Pourquoi ne la pas admettre pareillement dans les sociétés ordinaires ? »

A l'appui de sa thèse, POTHIER invoque l'opinion de l'ancien praticien MASUER, tout en reconnaissant pourtant que l'opinion contraire a quelques défenseurs.

La liste de ces derniers est citée par DESPEISSES qui en approuve la doctrine ; il pose en principe que l'héritier ne succède pas à la société, malgré la clause héréditaire (1).

9. — Lorsqu'on agite la question des sociétés dans l'ancien droit, on pense immédiatement à ces sociétés très répandues et d'un ordre tout particulier qu'étaient les sociétés taisibles, sociétés dont la continuation de père en fils et entre gens de même pot et feu était certaine quelle que soit l'interprétation que l'on donne au principe qui entraînait de tels effets (2).

Lorsqu'on étudie les sociétés taisibles, on est tout de suite frappé par leur analogie avec les sociétés universelles et héréditaires du droit romain. Il est probable qu'elles sont nées des mêmes circonstances économiques. Originellement, ce sont des communautés serviles, ou tout au moins des associations qui sont le fait des classes inférieures.

Le serf était incapable de transmettre à cause de mort, c'est ce qu'on expliquait en l'appelant homme de main-morte (main étant pris dans le vieux langage comme l'origine

1. DESPEISSES, *Des contrats*, 1^{re} partie, titre III, sect. 3, n° 4.

2. TROPLONG, t. II, p. 357, 423.

de la transmission). Il ne pouvait pas faire de testament valable et, à sa mort, tous ses biens revenaient à son seigneur qui en était saisi de plein droit. Ce droit, d'ailleurs fort rigoureux, fut atténué de très bonne heure et les coutumes les moins libérales créent pour les serfs un équivalent grossier des droits de succession au moyen des communautés taisibles.

« Par suite des conditions économiques et sociales dans lesquelles elles se trouvaient, beaucoup de familles de serfs vivaient dans une communauté de fait (1). Le père gardait auprès de lui ses enfants adultes et mariés. Les frères, après la mort du père, continuaient la vie commune. Tous vivaient dans la même maison et à la même table, dans la même celle et à même pain et pot. Ils ne formaient qu'un seul ménage. De ce fait, la vie commune, la coutume avait tiré une conséquence juridique : une communauté de biens. Elle admettait que, de plein droit, ces parçonniers contractaient entre eux une société civile, et l'on appelait communautés taisibles ces sociétés qui se formaient sans contrat exprès et qui ont joué un rôle important dans le droit au moyen âge. »

Ces communautés servirent peu à peu à écarter le droit de mainmorte du seigneur. Lorsqu'un des serfs appartenant à la communauté venait à mourir, on en vint à admettre qu'à condition que la vie commune se continuât entre les survivants, la communauté ne serait pas considérée comme dissoute et subsisterait au contraire.

La part indivise de chacun des associés se trouvait simplement augmentée d'autant par le décès de l'un d'eux. On arriva ainsi à ce résultat que la part du prédécédé restant confondue dans la masse, il n'y avait, pour ainsi dire, pas de transmission, et le droit de mainmorte du seigneur n'avait pas d'objet auquel il pût s'appliquer.

L'usage offrit ainsi aux serfs une forme sommaire de succession, droit subordonné à une double condition. Il fallait, tout d'abord, que les héritiers fussent serfs comme le défunt,

1. ESMEIN, *Communautés taisibles*, 1921, p. 233.

et surtout que jusqu'à son décès, ils eussent vécu en communauté de biens avec lui. Ce droit embryonnaire de succession fut lui-même, à l'origine, très fragile. Il avait, en effet, pour base la communauté taisible, et dès lors, si la vie commune en était la base, la séparation d'entre les communistes pouvait la détruire.

Le départ de l'un des associés produisait, en effet, des effets définitifs à l'égard de tous. Non seulement celui qui se séparait n'appartenait plus à la communauté, mais elle se trouvait dissoute à l'égard de ceux qui continuaient la vie commune. Solution rigoureuse, car la communauté ne pouvait plus se réformer valablement si ce n'est par l'autorisation formelle du seigneur.

Peu à peu, les coutumes admirent des atténuations à cette règle. Si, notamment, la séparation avait une juste cause (établissement d'un fils, mariage d'une fille, mauvais caractère d'un parçonnier homme mal gisant et fascheux), il fut admis que les enfants qui restaient pourraient cependant recueillir la succession.

L'idée s'élargit peu à peu, et il suffit qu'un seul des enfants restât au foyer jusqu'au dernier jour pour que le droit de succession fût conservé à tous les enfants.

Les communautés taisibles appliquées aux roturiers, ont survécu très longtemps et se sont perpétuées bien après la promulgation du Code civil, tant leur importance et leur commodité avaient été grandes dans notre ancien droit (1).

La continuation de la communauté conjugale n'est qu'une application particulière des communautés taisibles. Elle avait lieu entre les conjoints et les enfants issus du mariage.

De même, la société de biens entre époux qui ne se formait régulièrement qu'entre roturiers et par cohabitation pendant un an et un jour.

1. Les économistes modernes et notamment l'école de LE PLAY en ont fait un sujet d'études locales. TOUZAUD, *Les Communautés taisibles en Angoumois. Bulletin et mémoire de la Société archéologique et historique de la Charente*, 1910.

A côté des serfs de la glèbe, les familles agricoles de main-morte formaient également des communautés taisibles. Les associés s'appelaient *compani* (ou *comedere panem* ou *comparsonnae*) et leur réunion portait le nom de compagnie (1). Ces sociétés avaient un chef appelé « chef du chanteau » qui administrait pour tous. Elles étaient universelles de gains (travail, revenus, industrie) et tous les profits du labeur commun forment une masse appartenant à l'association.

Ces communautés, sociétés taisibles ou sociétés agricoles, ayant pour but nécessaire la continuation des efforts communs et la possibilité pour leurs membres d'échapper aux interdictions de succéder, on comprend parfaitement que pour être conformes au but qu'elles se proposaient, il était nécessaire qu'elles se continuassent entre les survivants et les héritiers du prédécédé.

10. — Comment doit-on interpréter ce fait de continuation ? Faut-il y voir une exception à ce principe de droit romain conservé par notre ancien droit, que la société finit par la mort naturelle d'un associé ?

Nous inclinons à penser que, dans le fait de la continuation, il y a moins une exception au principe que l'effet d'une convention formée entre les associés au moment même de la constitution de la société taisible, convention au moins tacite et que l'on est obligé de supposer en raison même du but proposé par ce genre de communauté.

Nous rejoignons ainsi les auteurs qui, avec POTHIER, pensent qu'était autorisée dans notre ancien droit, la clause de continuation de la société avec les héritiers du prédécédé. La route était ainsi toute tracée au législateur de 1804, et TREILHARD dans son exposé des motifs, déclare toute naturelle la stipulation qui nous préoccupe (2).

« Nous ne trouvons rien qui blesse la bonne foi, les con-

1. PASQUIER, *Recherches*, t. I ; LEBRUN, *Soc. tacites*, ch. 4 ; LOISEL, I, t. I.

2. P. 403, t. 19.

venances, ni les bonnes mœurs, si telle était la volonté des parties, pourquoi ne serait-elle pas exécutée ? »

La seule discussion possible, dit LOCRÉT (1), est de savoir quelle est la portée de la clause qui introduit dans l'acte cette dérogation au moment même de la rédaction de notre charte civile.

Nous pouvons donc constater que l'opinion des juristes s'est complètement modifiée, et que contrairement aux juristes romains, ils ne voyaient plus d'objection à la continuation d'une société par les héritiers du prédécédé.

III. — L'Evolution de la jurisprudence

11. — Tenant compte des besoins pratiques des entreprises modernes, la jurisprudence a toujours interprété très largement le tempérament apporté par l'article 1868 à la règle de l'article 1865.

Cette tendance apparaît très nettement si l'on passe en revue les solutions données par la jurisprudence aux difficultés qu'elle eut à résoudre.

Les premières ont trait aux conditions d'application de l'article 1868. Au lieu de voir dans ce texte, une disposition exceptionnelle, qu'il faut interpréter restrictivement et ne pas appliquer en dehors d'une clause expresse, les tribunaux ont admis que la société pourrait continuer tacitement dans certains cas où la volonté des associés à cet égard ne ferait aucun doute.

La préoccupation de la jurisprudence de donner effet le plus largement possible aux clauses de continuation avec les héritiers, résulte encore des décisions qui ont été rendues au sujet des incapables.

Alors que les règles générales de notre droit s'opposent formellement à l'entrée des mineurs dans une société de personnes, la jurisprudence, par une construction des plus

1. T. XIV, p. 527.

ingénieuses, a réussi à paralyser ce principe, qui se révélait contraire dans certains cas, non seulement à l'intérêt des associés, mais à celui des mineurs eux-mêmes.

La Cour de cassation admet aujourd'hui sans réserve que ces derniers pourront entrer dans la société prorogée même si l'acte de société ne leur a pas étendu expressément le bénéfice de la continuation (Cass. 2 et 10 mars 1885 ; Paris, 7 avril 1887).

La continuation tacite de la société prorogée avec les héritiers mineurs a été admise plus difficilement et certains arrêts commencent par exiger une clause expresse en présence de mineurs (10 nov. 1847 ; Cass. 10 janv. 1870), puis en 1906, un revirement de la jurisprudence se produit et de nos jours la continuation tacite de la société avec les mineurs est admise dans certaines conditions.

L'action de la jurisprudence, s'est encore exercée, cette fois dans un sens restrictif, en ce qui concerne les clauses de conservation et de rachat prévues en faveur du conjoint survivant, mais c'était un principe étranger à celui de la continuation qui était en jeu, il s'agissait en effet de sauvegarder la prohibition des pactes sur succession future transgressée par ces clauses. Les derniers jugements rendus en cette matière, marquent d'ailleurs un revirement.

En ce qui concerne les clauses qui facilitent, à la mort d'un associé, le règlement des droits de ses héritiers, par exemple, les clauses dites de dernier inventaire, il faut remarquer que la jurisprudence s'est toujours efforcée de les valider et d'en assurer l'application, malgré les attaques dont elles ont fait l'objet (actions en rescision, en nullité). Or, ces clauses rendent efficace la continuation de la société en évitant des formalités coûteuses ou gênantes, dont certaines trouble-raient gravement le fonctionnement de la société.

12. — Maintenant que nous avons défini les différentes clauses de continuation et montré comment elles ont évolué depuis le droit romain jusqu'à nos jours, il nous reste à les analyser en recherchant quelles sont leurs conditions d'application, leur valeur juridique et leurs effets.

Puis, nous poursuivrons cette étude par l'exposé sommaire des solutions qui ont été données en droit comparé à la question de la continuation des sociétés de personnes par les héritiers.

Enfin, dans notre conclusion, nous nous demanderons si les dispositions du Code civil en cette matière ne seraient pas susceptibles d'amélioration, et s'il faut admettre la continuation de plein droit.

Pour résoudre toutes ces questions, nous suivrons le plan suivant :

Plan général de l'ouvrage

PREMIÈRE PARTIE. — Les conditions d'application de la clause de continuation.

Chapitre I. — Continuation expresse et continuation tacite, annexe, continuation de fait.

Chapitre II. — Les sociétés auxquelles s'applique la continuation.

Chapitre III. — Les héritiers continuateurs d'une société de personnes.

DEUXIÈME PARTIE. — La nature et les effets de la clause de continuation.

Chapitre I. — Les clauses dans le cadre des principes généraux.

Chapitre II. — Leur nature juridique.

Chapitre III. — Leurs effets.

TROISIÈME PARTIE. — La continuation des sociétés de personnes en droit comparé.

Chapitre I. — Droit italien.

Chapitre II. — Droit romain.

Chapitre III. — Droit allemand.

Chapitre IV. — Droit soviétique.

CONCLUSION.

PREMIÈRE PARTIE

Les conditions d'application de la clause de continuation

CHAPITRE PREMIER

Continuation expresse et continuation tacite

I. — L'interprétation des clauses expresse.

13. — La règle de l'article 1868 ne nous paraissant pas contraire à la nature du contrat de société (1), nous pensons qu'elle peut être interprétée d'une manière extensive et nous écarterons le principe « *exceptio est strictissimas interpretationis* » (2).

La nature du contrat de société ne présentant plus à notre époque le même caractère de personnalité qu'en droit romain, il faut considérer que les associés, guidés par le souci de donner à la société un statut conforme à sa nature, ont à exercer une sorte d'option entre 1865 et 1868, ces deux articles devant être placés sur le même plan puisqu'ils sont la conséquence des deux règles opposées mais également générales que contient l'article 1122.

Il en résulte, au point de vue de l'interprétation de notre

1. Cf. II^e part., ch. I.

2. En ce sens : HÉMARD, HOUPIN, t. I, n^o 138 ; ARTHUYS, n^o 727.

Contra : LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 26, 381 ; HUC, *Commentaires de droit civil*, t. 9, n^o 177 ; BÉDARRIDE, t. 1^{er}, n^{os} 57 et 57 bis.

clause, que les associés devront exprimer nettement leur intention de continuer la société, s'ils le jugent à propos. En effet, il n'existe aucune raison en présence de termes équivoques ou contradictoires du contrat, de faire prévaloir l'article 1868 sur l'article 1865, et le premier principe posé par l'article 1122 sur le dernier. Nous retrouverons cette question à propos de la forme de la clause de continuation.

Par contre, dès que les associés se seront prononcés pour l'application de l'article 1868, mais qu'ils auront négligé de préciser toutes les conséquences du principe de continuation ainsi posé, il y aura lieu de l'interpréter largement, et de lui faire produire tous les effets qui sont susceptibles d'en découler.

D'autre part, si tout en décidant la continuation de la société, les associés la limitent à certains cas déterminés, c'est qu'elle leur paraît exceptionnelle, et que par suite, elle ne doit pas être étendue à d'autres cas, même par analogie.

En somme, nous rattachons l'interprétation de la clause de survie à l'article 1134 plutôt qu'à l'un des deux principes posés par l'article 1122. C'est la volonté exprimée des associés qui révèle la véritable nature de leur convention et qui oriente l'interprétation dans un sens restrictif ou extensif.

14. — Après avoir fait ces remarques d'ordre général, nous arrivons à l'examen de certaines difficultés d'interprétation qui ont été souvent signalées.

1^o Si la stipulation exclut comme clause de dissolution la mort naturelle d'un associé, aucun autre événement ne lui sera assimilable. Il n'est plus question, en effet, de la mort civile qui fut abrogée en 1854. Quant aux autres cas de dissolution, prévus par l'article 1865, ils ne concernent pas notre hypothèse qui a trait à la continuation de la société par les héritiers. L'interdiction semble pourtant prêter à discussion dans un cas spécial, mais nous allons voir qu'il s'agit d'une tout autre question que celle de l'interprétation extensive ou restrictive de la clause de survie.

Il faut supposer qu'au moment de la mort de son auteur,

l'héritier bénéficiaire de la stipulation envisagée, est en état d'interdiction. Son incapacité ne rendra-t-elle pas impossible la continuation de la société? Elle constitue, en effet, une cause de dissolution distincte que les statuts n'ont pas prévue. Le cas est analogue à celui qui concerne l'héritier mineur non émancipé. Or, la jurisprudence conclut, en pareille hypothèse, à l'application de l'article 1868 (1). Elle voit, dans la continuation, une charge de la succession, qui doit incomber non seulement au majeur mais aussi à tous les incapables, et en particulier à l'interdit.

Par contre, chaque fois que la continuation de la société ne serait pas liée à l'idée de charge de la succession, l'interdiction reprendrait toute sa valeur comme motif de dissolution. C'est ce qui se produirait si l'interdiction de l'héritier survenait postérieurement à son entrée dans la société, ou si l'héritier interdit était appelé à remplacer son auteur par l'effet d'une stipulation pour autrui.

Dans cette hypothèse, la question de l'interprétation extensive ne se pose donc pas.

2° Les associés ont stipulé que la société continuerait avec les héritiers d'un associé nommément désigné, les héritiers des autres associés pourraient-ils accéder à la société à la mort de leur auteur?

Nous ne le croyons pas. Il est certain que la société est de nature à être continuée puisque les associés ont prévu la continuation, mais ils ont volontairement limité celle-ci en n'employant pas la formule générale qui la rendait applicable à tous les héritiers, sans distinction. Il n'est pas question, ici, du caractère général ou exceptionnel de l'article 1868 mais de la volonté évidente des associés de rattacher leur contrat à l'article 1122 *in fine*. Ils ont obéi à des considérations de personnes qui doivent être respectées.

3° C'est pour la même raison que la clause de continuation, si elle est prévue seulement en faveur des associés survivants, ne s'appliquera pas aux héritiers des prédécédés, mais la

1. Voir ci-dessous : *L'héritier mineur*, prem. partie, ch. III.

réci-proque ne serait pas vraie. Dans le cas où un associé ne laisserait pas d'héritiers, la société ne serait pas dissoute, ce serait contraire à l'intérêt des parties contractantes qui ont voulu la continuation de leur société.

4^o Pour ce qui est de l'expression « son héritier » employée par l'article 1868, le texte doit évidemment s'entendre au pluriel, le mot « héritier » étant pris ici dans son sens générique et signifiant toute personne appelée à succéder, que la succession ait un ou plusieurs représentants.

Il se peut d'ailleurs que la clause de survie soit prévue, en faveur d'un seul des héritiers du prédécédé. C'est alors un cas de stipulation pour autrui qui ne concerne pas les autres héritiers. Étendre l'application de la clause à ces derniers serait aller à l'encontre de la volonté des associés.

On peut également se demander s'il faut interpréter « héritier » au sens traditionnel du droit français, c'est-à-dire comme synonyme de continuateur de la personne du défunt, ou dans le sens plus général de successeur. Mais cette question que nous étudierons plus loin (1) met moins en jeu l'interprétation proprement dite de la clause que la nature du droit de l'héritier. Nous verrons quels sont les successeurs qui peuvent être considérés comme de véritables héritiers. Ils ne comprennent pas toutes les personnes qui ont une vocation héréditaire. Toutefois, pour favoriser la continuation de la société, nous pensons qu'au cas où le défunt, à défaut de véritables héritiers, ne laisserait que des successeurs irréguliers, ceux-ci devraient être admis dans la société.

15. — 5^o Nous arrivons à l'étude d'une question plus délicate : la clause de survie profite-t-elle à une seule génération ou aux héritiers des héritiers ? TROPLONG qui est cependant partisan d'une interprétation restrictive de la clause de continuation la déclare applicable à plusieurs générations d'héritiers (2). « Si l'on avait employé la formule habituelle, écrit-il, la société ne sera pas dissoute à la mort des associés, elle

1. Voir ci-dessous 1^{re} part., ch. III.

2. TROPLONG, t. II, p. 357, 423.

passerait sans interruption aux héritiers des héritiers jusqu'à son expiration légale. »

Lorsqu'il s'agit d'une clause de continuation expressément prévue par les statuts, d'autres auteurs soutiennent pourtant un avis contraire. Ils prétendent que l'effet de cette clause doit se limiter à une génération d'héritiers pour ce motif que s'il en était autrement, il y aurait une véritable substitution prohibée (1), « Il semble inadmissible, écrit M. PIC, qu'en dehors des sociétés par actions, on veuille organiser une sorte de *perpetua successio* qui, à la mort des héritiers, mettrait leurs propres héritiers à leur place et ainsi de suite. »

Nous retrouvons ici la raison politique qui, en droit romain, avait motivé l'interdiction des sociétés héréditaires : on craint politiquement et économiquement le monopole d'un bien entre les mêmes mains au cours des siècles.

Dans une seule catégorie de sociétés, la continuation par plusieurs générations d'héritiers pourrait être admise : ce sont les sociétés qui se continuent tacitement, en dehors de toute clause expresse, parce que la nature de leur objet s'oppose à ce qu'elles soient dissoutes avant complète réalisation du but poursuivi. Les motifs qui font interdire les substitutions prohibées n'existent pas dans ce cas puisque, de toute façon, la fin de la société est prévue dans un délai déterminé.

Malgré les apparences, il n'est donc pas illogique que, dans cette opinion, la continuation tacite, lorsqu'elle est admise, produise plus d'effet que la continuation expresse. Mais nous pensons que, même pour cette dernière, il n'y a jamais *perpetua successio* et substitution nulle. A ce point de vue, on ne peut donc établir aucune différence entre les deux modes de continuation.

Comme le fait remarquer M. HÉMARD, « les caractères de la substitution ne sont pas réunis, d'autant plus que la continuation n'est pas l'œuvre d'une volonté unique mais d'une volonté commune ».

1. Comp. 896, C. V.

Paul PIC, *Droit commercial* ; THALLER, n° 437 ; *Thaller et Pic*, n° 599 ; HOUPIN, n° 241.

En effet, il faut comprendre par substitution prohibée, la transmission du même bien aux diverses générations successives, ce bien étant inaliénable entre les mains de ceux qui le détiennent temporairement.

Quels sont donc les caractères de la substitution, tels qu'une rapide analyse permet de les découvrir ? (1)

C'est d'abord le trait de temps *tractus temporis* nécessaire pour que la substitution ne soit pas un simple « fideicommis », c'est le temps compris entre le moment où le grevé entre en possession de la chose faisant l'objet de la substitution et sa mort. Le second caractère, c'est l'obligation pour le grevé de substituer, de conserver et de rendre l'objet par lui reçu.

Or, en matière de continuation de société avec les héritiers des héritiers, le *tractus temporis* se trouve bien réalisé puisque les générations d'héritiers sont successivement propriétaires de la part sociale.

Par contre, l'obligation de conserver et de rendre n'existe pas ou du moins n'existe que très imparfaitement.

Il se peut d'abord que la société prévoie, en même temps que la clause de continuation, une disposition permettant la cession des parts sociales du vivant des associés.

Prévoir la cession, c'est rendre éventuelle l'inaliénabilité des parts. C'est donc faire disparaître l'élément fondamental de la substitution puisque son but était de conserver indéfiniment les biens dans les familles et de les rendre inaliénables et insaisissables.

C'est sans doute pour cela qu'il n'est jamais question de substitution pour les sociétés anonymes dans lesquelles les actions peuvent être transmises à de multiples générations d'héritiers.

La société, d'ailleurs, même si la cession n'est pas prévue par les statuts, reste soumise aux autres causes de dissolution telles que la faillite ou l'interdiction des associés (2). L'inali-

1. Cf. Ordonnance de 1745 du Chancelier d'Aguesseau sur les substitutions et prohibitions absolues par la Révolution (loi du 14 nov. 1792).

2. Il faut aussi remarquer que dans les statuts, la durée de la société est généralement précisée.

nabilité des parts sociales n'est donc pas définitive. Il est notamment impossible de les conserver si, d'un commun accord, les associés décident de dissoudre la société ou de la transformer. La responsabilité indéfinie des associés, autant que le caractère personnel de leur contrat rendent, en effet, très problématique la continuation par de nombreuses générations d'héritiers.

Lorsque, par le jeu de la clause de survie, le personnel initial de la société se trouve entièrement renouvelé, il se peut que les nouveaux associés manquent d'aptitudes pour diriger les affaires sociales. Dans ces conditions, la menace de la responsabilité indéfinie à laquelle ils sont soumis pour leurs agissements réciproques, entraîne fatalement la dissolution de la société.

La continuation n'est donc pas le résultat d'une volonté unique, mais d'une volonté commune.

Enfin, nous croyons qu'il n'est pas de la nature de la substitution de s'appliquer à des droits purement mobiliers. En effet, la substitution était une institution florissante du temps où les fortunes immobilières prédominaient, où seuls les immeubles et les droits immobiliers, comme les rentes, vraisemblablement, pouvaient servir d'objets à une substitution.

Le bien légué ne peut répondre au but de la substitution qui est d'immobiliser les richesses dans une famille, que s'il est susceptible de représenter une valeur stable, identique à elle-même au cours des siècles.

Il est évident qu'il représente une part d'actif et qu'en aucun cas il n'est une charge pour le grevé.

Or, les parts sociales ne représentent pas seulement un actif, elles ne sont que l'excédent de l'actif sur le passif social. Si l'équilibre vient à être renversé, l'action ne représente plus que l'excédent du passif sur l'actif. Derrière le mot « part d'intérêts » dans l'objet de la substitution, c'est ce rapport instable par excellence qu'il faut considérer.

Le grevé n'est donc jamais sûr de rendre ce qu'il a reçu de l'auteur de la substitution, en l'espèce, l'associé qui a prévu la continuation de la société par les héritiers.

Dans ces conditions peut-on dire qu'on se trouve en présence d'une véritable substitution prohibée ? Ce serait contraire à la tendance actuelle de la jurisprudence qui est de faciliter légalement les substitutions, puisque de nos jours elles ne constituent plus un danger politique comme au temps où, pour cette raison, elles furent sévèrement réglementées.

Il est admis par de nombreux arrêts que toutes les fois que le grevé n'est pas tenu de rendre intacts les biens qu'il a reçus il y a substitution *de residuo* et que la disposition qui l'institue est valable. Il nous semble que les parts d'intérêts, par leur nature nous placent dans le cas prévu et admis par la jurisprudence.

On ne saurait donc plus parler de substitution prohibée et la continuation, même dans le cas où une clause expresse des statuts le prévoit, doit pouvoir s'appliquer à plusieurs générations d'héritiers. Cette opinion nous permet de rester fidèle au principe d'interprétation extensive que nous avons adopté.

16. — Telles sont les principales questions que peut soulever l'interprétation du texte de la clause de survie. Nous avons passé sous silence son interprétation littérale qui se fait selon les règles habituelles, et qui ne prête par suite à aucune difficulté.

En résumé, et d'une manière générale, nous pensons que la stipulation de continuation doit être interprétée largement. Toutefois, si les associés l'ont limitée à certaines hypothèses, il ne faut pas l'étendre au delà de ses termes, non parce qu'elle constitue une exception au principe général, posé en 1865, mais parce que les associés, en ne profitant pas de la latitude complète que leur donne l'article 1868 en ce qui concerne la continuation, ont entendu marquer, en dehors de la dérogation qu'ils y apportent, le caractère exclusivement personnel de leur société.

II. — Formes de la clause de continuation et de continuation tacite.

17. — Nous arrivons maintenant à la question de la forme que doit revêtir la clause de continuation.

« S'il a été stipulé », est-il écrit dans l'article 1868, le mot « stipulé » n'a pas ici un sens particulier, il ne faudrait même pas l'opposer à « promettre » comme en matière de stipulation pour autrui, par exemple, mais on doit lui donner le sens général de « manifester sa volonté », qu'il prend également dans l'article 1122 du Code civil.

Le mot « stipuler » n'entraîne pas non plus, comme on pourrait le supposer, la nécessité d'employer une formule solennelle ou des termes sacramentels. La clause pourra donc être insérée, nous le verrons plus loin, soit dans les statuts, soit par un acte additif.

On peut même se demander si une convention de cette nature ne pourrait pas avoir lieu entre les associés survivants lors du décès de l'associé (1).

Cette convention n'est possible que s'il résulte des circonstances de fait que l'associé décédé eût nécessairement donné son assentiment à ladite convention, ce qui revient à dire que la convention postérieure au décès et contenant une clause de continuation n'est qu'une sorte de ratification de convention tacite sous-entendue lors de la constitution de la société. Mais nous sommes amenés ainsi à nous demander si la clause de continuation avec les héritiers peut être tacite.

18. — La solution de cette question, qui est surtout une question de forme, dépend aussi de la portée qu'on attribue à l'article 1868. Si on le considère comme une dérogation au droit commun contenu dans l'article 1865-3^o il ne peut être étendu au delà de ses termes et doit être interprété restrictivement, comme toute disposition exceptionnelle. Si l'on admet, au

1. Voir ci-dessous : continuation de fait.

contraire, que l'article 1868 n'est qu'un retour à la situation normale en matière de contrat, telle qu'elle résulte de l'article 1122 du Code civil, on décidera qu'il peut être interprété d'une manière extensive.

Or, nous estimons que la dissolution de la société à la mort d'un associé, si elle est de la nature des sociétés de personnes qui tiennent compte des qualités personnelles de leurs membres, n'est cependant pas de leur essence. Il n'est donc pas besoin d'une clause expresse de continuation pour éviter l'application de l'article 1865-3°. Il suffit, qu'en cette matière, la volonté des parties soit certaine, et dans nombre d'hypothèses, elle ne sera pas douteuse, bien qu'il n'y ait pas de stipulation formelle. « Dans tous les cas, écrit GUILLOUARD, où la volonté des parties d'accepter les héritiers de l'associé prédécédé apparaîtra expressément ou non, il y aura exception à la règle de l'article 1865 (1). »

« Le contrat de société, fait remarquer M. HÉMARD (2), est dominé par son interprétation, comme tout autre contrat, par la recherche de la volonté des parties, non pas à vrai dire de ce qu'ont voulu réellement, individuellement les associés mais de ce qu'ils ont nécessairement dû vouloir, en raison du but qu'ils se proposaient ou en raison de leurs actes. »

Autrement dit, la continuation tacite ne se base pas sur des raisons subjectives, tenant à la personne des associés, ainsi de ce que l'associé prédécédé n'était pas indispensable à la bonne conduite des affaires sociales, il ne faut pas conclure que sa mort ne doive pas dissoudre la société. Serait également inopérante la raison d'après laquelle les qualités personnelles des associés n'auraient pas été prises en considération lors de la formation du contrat (3). Une mise de capitaux étant surtout indispensable.

Admettre une pareille interprétation équivaldrait à sous-

1. GUILLOUARD, p. 383.

2. HÉMARD, note au S. 1908.1.178.

3. BAUDRY-LACANTINIERE et WAHL, p. 248, n° 39; HUC, t. XI, 177; *contra* : Paris, 10 juin 1869, sous Cass., 7 fév. 1870.

traire à l'application de l'article 1865-3^o toute société dans laquelle le gérant serait pris en dehors des associés.

19. — Si les effets de l'interprétation de leur contrat devaient se borner aux seuls associés, il n'y aurait vraiment aucune raison de ne pas la rendre aussi large que possible. Pourquoi dans ce cas, ne pas tenir compte des mobiles qui ont pu inspirer la convention s'ils apparaissent avec suffisamment de certitude ?

Mais l'interprétation de la clause n'est libre qu'en ce qu'elle ne nuit pas aux intérêts des tiers. Ceux-ci ont un intérêt capital à savoir si la société, en ce qui concerne le décès d'un de ses membres, obéit à l'article 1865 ou à l'article 1868. Dans notre législation, en effet, la dissolution a lieu de plein droit, aucune mesure de publicité n'est exigée pour qu'elle soit portée à la connaissance des intéressés. Ceux-ci ne peuvent être renseignés sur l'éventualité d'une continuation par les héritiers qu'en se basant sur le contenu du pacte social. Si la clause de survie est expresse, aucune difficulté, mais dans le cas contraire, faudra-t-il imposer aux tiers l'obligation d'interpréter les mobiles souvent difficiles à saisir auxquels ont obéi les parties ? Le plus souvent, ils ignorent les circonstances dans lesquelles s'est formée la société ; ils ne peuvent donc tenir compte que de l'intention évidente des associés telle qu'elle résulte nécessairement, fatalement de l'objet de la société ou du but poursuivi. Il ne doit pas y avoir de place pour le doute, la volonté probable des parties ne serait pas prise en considération. C'est pourquoi nous faisons remarquer plus haut que la question de la continuation expresse ou tacite de la société se rattachait moins à la manière d'interpréter la clause de survie qu'à la question de la forme que doit avoir celle-ci.

Certains auteurs pour soutenir que la continuation tacite de la société est impossible ne se basent pas seulement sur la nécessité d'une interprétation restrictive du texte de l'article 1868, mais ils invoquent encore les règles de publicité imposées aux sociétés de commerce (1). Leur raisonnement

1. LAURENT.

est le suivant : La loi exige que l'acte constitutif de société ainsi que les actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts soient constatés par écrit (art. 39, 41 Code commercial, 55 de la loi du 27 juillet 1867, article 1834 du Code civil).

L'article 41 du Code de commerce déclare, en outre « qu'aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de sociétés ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte ou depuis ». Or, prouver un accord tacite en vue de la continuation de la société, n'est-ce pas prouver outre l'écrit dressé pour faire foi dans l'acte constitutif.

Mais cette objection ne tient pas si nous examinons les cas de continuation tacite admis par la jurisprudence et de nombreux auteurs. Ils sont tels, en effet, qu'ils résultent de la nature de la société, de son but, de son objet ; du moment que le contrat de société est rendu public, les tiers sont nécessairement avertis des conséquences qui en résulteront. Bien que ce soit indirectement, il y a donc ainsi une clause expresse publiée. Répétons-le, il ne s'agit pas de tenir compte de la volonté individuelle et capricieuse des associés, mais de ce qu'ils ont nécessairement et logiquement dû vouloir en formant leur société. La continuation résulte de considérations purement objectives qui s'imposent aux tiers dès qu'ils ont connaissance du pacte social. C'est pourquoi il vaudrait mieux dire « continuation implicite » que « continuation tacite ».

20. — La stipulation tacite de continuation est donc admise, mais seulement dans les limites où l'enferme le droit des tiers. C'est moins une question d'intention présumée qui se pose que celle de l'appréciation rationnelle de la convention.

Le juge saisi du litige devra essayer de discerner la volonté des parties d'après les circonstances extérieures des espèces à lui soumises.

Ce sera généralement dans l'objet et le but de la société elle-même que se dévoilera l'intention des associés contractants.

Les exemples sont divers : il en est ainsi pour une société formée dans le but d'exploiter les tréfonds appartenant aux associés et mis en commun par eux.

Une telle société doit être considérée comme faite moins dans l'intérêt des personnes que dans celui des héritages auxquels elle devait avant tout profiter. Une société de ce genre étant de sa nature perpétuelle échappe aux prescriptions de l'article 1865, et en vertu d'une clause contraire tacite résultant de l'intention présumée des associés (1).

TROPLONG mentionne aussi les sociétés formées pour le bail à colonage et les sociétés de cheptel, sociétés sur l'existence desquelles, en effet, la mort du propriétaire ou du bailleur est sans influence

Dans la même catégorie rentrent encore les sociétés *unius rei*, constituées en vue d'une affaire déterminée qui doit s'accomplir dans un délai donné.

Les qualités personnelles des associés n'ont qu'une utilité de second plan pour la marche de telles sociétés, et l'intention présumable des parties est qu'elles ont désiré atteindre leur but qui seul devait amener la fructification de leurs capitaux (2).

De même, une société formée entre des cohéritiers dans le but de continuer les opérations commerciales de leur auteur, ne se dissout point nécessairement par le seul fait du décès de l'un des coassociés, dont les autres sont les héritiers (3).

La Cour de cassation proclame elle-même que la nature de la convention, l'objet et le but que se proposent les associés peuvent exclure vraisemblablement, par leur essence, une pareille cause de dissolution (4).

Il en est ainsi d'une société fondée pour créer une force hydraulique qui, aux termes du contrat, ne devait pas être exploitée par la société elle-même, mais devait être cédée à une autre société fondée par l'un des associés, ou vendue aux tiers (5).

1. Nancy, 28 juil. 1891 ; *Gaz. Pal.* 1891.2.552.

2. GUILLOUARD, p. 383.

3. Caen, 8 mars 1842. S. 1842.2.37.

4. Cass., 23 oct. 1906-1907. *J. S.*, 1907, 423. S. 1908.1.117.

5. Chambéry, 23 mars 1914. D. 1915.2.35.

De même, lorsqu'à la mort de l'un de ses membres, les deux associés survivants de la société, au lieu de procéder à la liquidation ont continué les opérations sociales en vue du résultat à obtenir et que l'un d'eux s'est fait donner la concession du droit d'établir un barrage, et qu'il a acheté les immeubles nécessaires à l'aménagement de la chute en son nom personnel, il faut présumer qu'il n'a pas agi pour son profit personnel mais pour le compte de la société.

21. — Les sociétés de mines sont un excellent exemple de sociétés formées *intuitu rei*. La mort de l'un des associés n'entraîne pas leur dissolution même si elles ne sont pas constituées en sociétés par actions. Dans tous les cas, elles se continuent de plein droit avec les héritiers. Cette solution est commandée, tant par l'objet des sociétés minières que par le régime légal auquel elles sont soumises.

Par leur objet. — Il est nécessaire que la société se continue pour atteindre son but ; or, l'exploitation d'une mine est une œuvre de longue durée qui doit se poursuivre d'une façon continue. Il serait inadmissible que des faits personnels aux associés puissent la compromettre ou la rendre difficile, surtout quand il pourrait en résulter le partage de la mine.

La concession des mines est d'ailleurs faite dans un intérêt public et cet intérêt exige que l'exploitation en soit poursuivie sans interruption aussi longtemps qu'elle est possible. C'est pourquoi nous trouvons dans certains arrêts l'affirmation qu'une société concessionnaire d'une mine est de sa nature perpétuelle.

Par leur régime légal (1). — Du droit d'exploiter une mine concédé par l'Etat, et de l'article 7 de la loi du 21 avril 1910, il faut conclure que la dissolution ne doit avoir lieu qu'avec l'autorisation du gouvernement. Elle est en effet, nécessaire pour la vente par lots de la mine, ou son partage.

1. Instruction minist. du 3 août 1840 relative à l'exécution de la loi du 21 avril 1840, qui ne permet pas le partage ni la vente par lots d'une mine sans l'autorisation du gouvernement.

Il paraît donc certain que le gouvernement ne trouverait pas suffisant, en tant que cause de dissolution, le seul fait de la mort d'un associé. Cette circonstance ne semblerait pas assez grave, ni de nature à mettre en jeu l'avenir de la société.

Aussi, alors même qu'une société de mines présenterait tous les caractères d'une véritable société de personnes contractée entre associés se connaissant et s'étant fait mutuellement confiance, il faudrait décider que sa durée est illimitée, et qu'elle n'est pas dissoute par la mort d'un associé (1).

22. — La solution donnée en ce qui concerne les sociétés de mines doit être étendue, selon nous, à toutes les sociétés qui sont basées sur le régime de la concession et qui ont pour objet la satisfaction d'un besoin public. En pareil cas, l'intérêt général, qui doit être préféré en toutes circonstances à l'intérêt des particuliers, ne permet pas que la mort d'un associé soit envisagée comme une cause valable de dissolution.

« Les concessions sont temporaires, écrit M. HÉMARD, elles ont une durée limitée. Les associés ont dû vouloir que leur société ait la même durée. » La continuation tacite doit donc être admise, tant en raison de la nature de l'entreprise qui fait l'objet de la société que de l'existence d'une concession.

La Cour de cassation a raisonné dans le même sens au sujet d'une société constituée en vue de l'exploitation d'une concession d'éclairage au gaz d'une ville pour une période déterminée (2). L'intention des parties de continuer la société malgré le décès de l'un de ses membres s'est déduite du but poursuivi, qui est de fournir du gaz à la ville pendant un temps déterminé. La solution contraire devrait-elle être admise si aucun délai ne se trouvait indiqué dans le contrat ? Nous croyons pouvoir répondre à cette question par l'affirmative. L'intérêt public à satisfaire est le même que dans le cas précédent, mais il semble que la municipalité ait admis

1. Cass., 7 juin 1830 ; Cass. belge, 14 déc. 1838.1.415.

2. Cass., 7 déc. 1870, cité au *Répertoire général du droit français* ; Cass. 24 déc. 1877. S. 1878.1.34 ; Amiens, 18 fév. 1878. S. 78.2.57 ; Cour Cass. Seine, 18 avril 1887, La Loi du 8 mai 1889 ; Cass. 23 oct. 1906, préc.

l'éventualité d'une dissolution soudaine de la société puisqu'elle n'a pas prévu pour le fonctionnement de cette dernière un délai déterminé. Malgré le régime de la concession sur lequel elles sont basées l'une et l'autre, on ne peut établir une analogie complète entre la société dont nous venons de parler et une société de mines, qui cependant fonctionne également pour la satisfaction d'un intérêt général. Leur nature diffère, en effet. L'une est perpétuelle, (la société minière), l'autre est essentiellement temporaire bien qu'elle ait à pourvoir à un besoin général permanent.

C'est qu'elle représente un service public qui ne peut être confié que provisoirement à des concessionnaires. Il y aurait autrement abandon d'une parcelle de la puissance publique à de simples particuliers. Par suite, s'il n'est fixé aucun terme à l'activité de la société concessionnaire, elle doit être atteinte par les causes de dissolution propres au contrat de société. La mort d'un associé est l'une d'elles.

Lorsque la durée de la société a été déterminée dans le contrat, l'expiration du temps fixé pour l'exploitation des affaires sociales entraîne de plein droit la dissolution même si les travaux en cours pour la réalisation desquels avait été constituée la société, ne sont pas encore achevés. Ce résultat serait pourtant évité s'il est reconnu que les associés avaient attribué à l'indication de la durée un caractère accessoire, et qu'ils se proposaient de continuer la société jusqu'à ce que le but poursuivi soit atteint.

23. — La société n'est donc pas dissoute par la mort d'un associé quand c'est le délai nécessaire à la réalisation de l'objet social qui seul en limite la durée. Cette solution s'impose particulièrement dans le cas où des travaux longs et coûteux doivent être exécutés avant qu'un profit puisse être escompté.

Il faut supposer chez les contractants, au moment où ils s'associent, la volonté de poursuivre l'œuvre commune jusqu'à l'époque où elle portera ses fruits et la volonté de ne pas être à la merci d'un événement frappant la personne d'un des

associés, ce qui rendrait inutiles les sacrifices antérieurement consentis par ces derniers.

C'est précisément une société de cette catégorie qui fait l'objet de l'arrêt de 1906 dont nous rapportons l'espèce (1). Remarquons d'ailleurs qu'il s'agissait de l'exploitation d'une concession, de sorte que la continuation de la société s'imposait.

24. — Une association en participation avait été constituée pour l'exploitation pendant 25 ans de la ferme des droits de place sur le marché d'une ville, entre l'adjudicataire et les tiers.

En raison de constructions qu'il lui fallait ériger, cette entreprise avait dû supporter à ses débuts des charges immobilières très lourdes ; il en résulte qu'elle ne pouvait espérer distribuer des bénéfices ou même éviter la ruine qu'en se prolongeant pendant le temps qui avait été prévu lors de sa formation ; les profits des dernières années devant compenser les pertes des premières.

Il n'y avait donc ni dérogation à l'article 1865-3°, ni stipulation expresse de continuation avec les héritiers, mais la durée de l'exploitation apparaissant comme une condition essentielle du contrat, il était logique de penser qu'elle devait déterminer la durée même de la société dont la dissolution ne pouvait dès lors résulter de la mort d'un associé, ni en particulier de la mort d'un adjudicataire.

Telle fut la solution adoptée par la Cour de cassation. Pour admettre la continuation, la Cour d'appel avait, en outre, invoqué des circonstances de fait qui révélaient très nettement l'intention des parties de continuer leur société.

Elle faisait remarquer, en premier lieu, que l'adjudicataire associé avait dépassé sa 68^e année au moment où il s'engageait dans les liens d'une association en participation qui devait durer vingt-cinq ans. N'est-ce pas dire qu'il avait nécessairement prévu l'éventualité d'une continuation par

1. P. 45, n. 4.

ses héritiers ? Il avait certainement pensé à leur transmettre avec les avantages escomptés, les charges dont il était tenu vis-à-vis des contractants à la participation.

Une autre circonstance s'opposait encore à l'application de l'article 1865-3°. Les enfants de l'adjudicataire étant mineurs, il aurait fallu liciter ce qu'interdisait la nature de l'objet social. Les tiers n'auraient pu être admis à se porter adjudicataires (1) qu'avec l'assentiment de la municipalité de la ville ayant affermé les droits de place. Enfin une clause du cahier des charges rendait la licitation inutile pour les mineurs. Elle stipulait, en effet, que les colicitants demeureraient tenus comme garants des obligations imposées à leur auteur (2).

25. — Dans tous les cas où elle est admise implicitement, la continuation a lieu non seulement entre les survivants mais aussi avec les héritiers des associés. Cela résulte nécessairement de la nature des sociétés dont la continuation implicite est possible. En effet, elles doivent durer de longues années et leur exploitation exige la réunion de capitaux importants. La personnalité des associés est secondaire. Il n'y a donc aucune raison de limiter la continuation aux survivants, ce qui aurait l'inconvénient de créer de graves difficultés par suite du retrait anticipé d'une partie du capital social. Enfin étant donné la durée des opérations entreprises, la mort pourrait frapper successivement tous les associés primitifs avant que le but à atteindre ne soit réalisé.

En résumé, dans tous les cas où la jurisprudence l'admet, la clause non expresse de continuation équivaut à une clause formelle puisque l'intention des parties se manifeste extérieurement aux tiers. Il en résulte qu'elle doit produire les mêmes effets et qu'elle s'appliquera aussi bien aux héritiers mineurs qu'aux héritiers majeurs, si l'on admet que les

1. Cass., 23 oct. 1906. D. V. 1907.1.43.

2. HÉMARD, note au S. 1908.

3. Voir ci-dessous.

mineurs peuvent succéder à leur auteur dans la société prorogée.

26. — Un autre cas où l'on peut se demander s'il y a intention présumée des contractants de prévoir la continuation tacite de la société avec les héritiers, est le cas où sont autorisées les cessions de parts.

Selon M. DUVERGIER, (1) si les associés ont stipulé qu'ils pourraient librement céder leurs droits et que les cessionnaires prendraient dans la société la place du cédant, l'héritier doit alors entrer dans la société car il ne peut y avoir de différence entre une cession à titre onéreux et une transmission de droits héréditaires. La clause de libre cession ainsi formulée impliquerait donc la continuation de la société avec les héritiers.

La cause de dissolution par mort naturelle serait également écartée virtuellement par la volonté des parties dans une commandite lorsqu'il a été convenu que les commanditaires auraient la faculté de céder leurs droits à un tiers.

« Cette stipulation, écrit M. PONT, enlevant à la société le caractère de contrat formé *intuitu personae*, on doit admettre que survenant le décès d'un commanditaire, la société pourra continuer avec les héritiers. »

« Le même raisonnement déclare M. HOUPIN (2), ne se limite pas aux sociétés en commandite simple, mais doit être étendu à toutes les sociétés de personnes. » La stipulation expresse n'est pas indispensable quand les associés ont stipulé qu'ils pourraient librement céder leurs droits et que le cessionnaire tiendra dans la société la place du cédant.

M. HÉMARD n'est pas de cet avis (3). La stipulation faite par les associés qu'ils pourront céder leurs droits et que les cessionnaires prendront leur place dans la société ne doit pas être tenue pour impliquer la continuation de la société avec

1. N° 434, dans le même sens : GUILLOUARD, n° 297.

2. HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité des Sociétés civiles et commerciales*, n° 211.

3. Même sens : HUC, 1-2, n° 177, p. 153 ; BAUDRY et WAHL.

les héritiers du prédécédé, les deux choses sont différentes, on ne peut conclure d'un cas à l'autre.

En effet, elles sont différentes dans leur source et dans leurs effets ; l'une est volontaire (la clause de cession), l'autre s'effectue de plein droit. Tandis que le cessionnaire est un associé en nom propre qui succède pleinement aux droits du cédant, l'héritier subit une charge de la succession, en continuant la société. Il ne succède pas en nom propre, et cette différence s'imposerait encore mieux si l'on opposait à la situation du cessionnaire celle des héritiers mineurs.

La raison principale qui fait interdire la continuation d'une société de personnes par les héritiers des prédécédés, est que les héritiers sont des personnes incertaines dont on ignore les relations, les capitaux, la moralité, l'éventualité de leur incorporation dans la société constitue un aléa redoutable pour les associés survivants.

L'associé qui a stipulé la clause de continuation au profit de ses héritiers, ignore quels ils seront à sa mort ; il se peut que le hasard ne justifie pas ses prévisions sur ce point, et que l'ordre successoral naturel soit renversé. Bien au contraire, la cession de part n'a jamais lieu au profit d'inconnus.

Remarquons d'abord que, prévue par les statuts, elle est rarement pure et simple. Elle est souvent subordonnée à l'aquiescement des coassociés du cédant. Il est même possible qu'ils aient un droit de préemption, clause de style dans les sociétés de capitaux qui restreignent dans leurs statuts la liberté de cession des actions. Les associés choisissent, dès lors, les remplaçants en connaissance de cause et le risque est ainsi partiellement diminué.

Si même, la cession n'est pas soumise à la ratification des coassociés du cédant, elle ne doit pas être assimilée pour cela à une clause de continuation avec les héritiers.

Il y aura lieu de supposer, en effet, que le cédant ne voudrait pas faire entrer dans la société un homme dont il connaîtrait la mauvaise réputation, le défaut de crédit ou l'incapacité notoire.

On peut même se demander si la mauvaise foi du cédant

n'engagerait pas sa responsabilité, soit en vertu du principe général posé par l'article 1382, soit en vertu de la théorie jurisprudentielle de l'abus de droit. Le droit de céder ses actions, reconnu par les statuts, ne devant pas être retourné contre l'intérêt social, dans une intention de nuire, par exemple.

Dans le contrat de société, comme dans tout autre, on n'est pas seulement tenu de ce qui est écrit expressément, mais aussi des obligations qu'imposent l'équité et la bonne foi. Un cédant qui, par le choix du cessionnaire, aurait commis une grave imprudence, pourrait donc, à notre sens, se voir reprocher sa légèreté, même si on ne pouvait l'accuser de mauvaise foi.

Le danger que constitue pour la société une clause de cession apparaît donc comme bien moins grave que celui qui résulterait éventuellement d'une clause de continuation avec les héritiers.

En l'absence d'autres éléments d'appréciation, il paraît dès lors difficile de conclure d'une clause de libre cession à une clause tacite de continuation avec les héritiers tirée d'une intention présumée des parties.

Pourtant, si juridiquement ces deux spéculations ne présentent aucune analogie, en fait elles sont voisines, puisqu'elles constituent l'une et l'autre une atteinte à la notion d'*intuitu personae* et à la conception classique des sociétés de personnes.

Il en résulte, qu'en cas de doute, il conviendra de faire appel aux principes d'interprétation extensive que nous avons adoptés, et de conclure à la continuation de la société avec les héritiers. On se trouvera le plus souvent en présence d'une simple question de fait. Le juge saisi du litige, devra donc essayer de discerner l'intention présumée des parties d'après les circonstances des espèces à lui soumises. Nous pensons même qu'il pourra faire état de circonstances purement personnelles aux associés. La clause de libre cession avertit en effet les tiers, de l'abandon partiel de la notion d'*intuitu personae*, si bien que la question de la forme de la

clause de continuation n'intervient plus pour limiter son interprétation (1).

27. — CONCLUSION. — En résumé, sur la question de la continuation tacite, des solutions données par la jurisprudence, il ressort la règle suivante :

La continuation de la société est admise en dehors de toute clause expresse quand elle est la conséquence logique et nécessaire de la nature de la société, de son objet ou du but qu'elle poursuit, toutes considérations qui sont purement objectives. Si la jurisprudence invoque parfois pour justifier la continuation, des circonstances de fait personnelles aux associés (2), ce n'est qu'à titre accessoire, elle ne pourrait les retenir à elle seules pour suppléer à l'absence d'une clause expresse de survie (3).

ANNEXE

Continuation de fait

I

28. — La continuation d'une société de personnes par les héritiers peut donc résulter, en dehors d'une clause expresse, d'un accord tacite, lorsqu'elle apparaît comme la conséquence logique et même nécessaire de la nature de la société envisagée, de son but ou de son objet.

Peut-elle résulter de circonstances postérieures au décès de l'un des associés, par l'effet d'une nouvelle interposition de consentement expresse ou tacite, mais qui dans ce dernier

1. Voir ci-dessus.

2. Ci-dessus arrêt 1908. S. 1908.1.178.

3. Voir cependant Paris, 10 juin 1869, sous Cass., 7 fév. 1870. D. 70.1.303.

cas ne prendra pas sa source dans le contrat de société originaire ?

La dissolution de la société par la mort de l'un des associés s'opère de plein droit et sans qu'aucune publicité soit requise ; une stipulation expresse de continuation ne saurait donc avoir pour effet de faire revivre une société dissoute, et nous dirons la même chose d'un accord tacite, qui ne peut être assimilé à une convention implicite.

La situation qui résulte d'une convention de continuation, postérieure à l'accord de l'un des associés, se produit en pratique beaucoup plus souvent que la continuation implicite dont nous avons étudié les principales applications. Il est fréquent que les associés, non contents de terminer les opérations engagées entreprennent encore des affaires nouvelles sous l'ancienne raison sociale, qu'ils empruntent également, lorsqu'il s'agit de passer un contrat ou un marché. Le fonctionnement de la société n'est pas interrompu et les héritiers de l'associé prédécédé se comportent en associés, ils perçoivent leur part dans les bénéfices annuels (1).

Dans un seul cas, il nous semble que cette continuation tacite de la société produira les mêmes effets qu'une continuation régulière : il faut supposer que les statuts prévoyaient la prorogation de la société, mais seulement au profit des associés survivants. Ces derniers, en appelant les héritiers, ne font que ratifier une convention tacite, sous-entendue lors de la formation de la société. La cause de continuation doit être cherchée, en réalité, dans l'interprétation extensive d'une clause des statuts, qui constatait l'abandon partiel de la notion *d'intuitu personae*.

D'ailleurs, même si l'on rejette l'idée d'interprétation extensive, les associés survivants peuvent conclure une convention de continuation avec les héritiers, de même qu'ils feraient appel à n'importe quels étrangers dont la personnalité leur conviendrait. C'est une hypothèse analogue à celle d'une augmentation de capital, et l'on ne peut pas dire qu'il

1. HÉMARD, *Nullité*, p. 230.

y ait création d'une société nouvelle. Les associés d'une société de personnes ont, en effet, le droit de modifier les statuts primitifs, même dans une de leurs dispositions essentielles, sous la condition d'un consentement unanime et de la publicité requise pour les sociétés commerciales. Si les héritiers du défunt entrent alors dans la société, ce n'est pas en tant qu'héritiers, mais comme parties de la convention qu'ils ont passée avec les survivants, cet accord déterminant, s'il y a lieu, l'étendue de leur obligation au passif social à la mort du prédécédé

29. — En dehors de ce cas, pour lequel nous croyons pouvoir apporter une exception, la convention de continuation, postérieure au décès de l'associé, n'entraîne pas la prorogation de la société dans les conditions prévues par l'article 1868 du Code civil. Il y a seulement continuation irrégulière, continuation de fait de l'ancienne société. Certains auteurs l'ont cependant contesté ; d'après eux, des événements ou des faits postérieurs à sa formation, ne pourraient transformer en société irrégulière une société légalement constituée.

« Une fois constituée régulièrement, une société reste telle malgré l'irrégularité résultant de changements successifs pour lesquels n'ont pas été observées les formalités prescrites. Seuls, les changements sont inefficaces ; ils ne peuvent avoir d'influence sur la constitution originaire. » (1) Cette opinion ne soulève d'ailleurs aucune objection pour le temps qui précède la dissolution. Tout changement opéré sans que les prescriptions légales soient observées, s'il n'est pas opposable aux tiers, ne porte cependant pas atteinte en lui-même à la validité de la société, elle reste régulière parce qu'elle subsiste. « Au contraire, fait remarquer M. HÉMARD, en ce qui concerne les opérations postérieures à la dissolution, il y a plus qu'un simple changement, puisque la société régulière a cessé d'exister en raison de sa dissolution. »

La jurisprudence a parfois soutenu de son côté, qu'une

1. MANARA, *Considerazione sullo scioglimento della società*,

société légalement constituée ne pouvait pas devenir irrégulière. « Il est de règle constante, peut-on lire dans un arrêt de la Cour de Lyon du 17 juillet 1871 (1), qu'une société n'est pas dissoute par l'expiration du terme fixé pour sa durée, si les opérations commerciales ont continué postérieurement à ce terme ». Ne faut-il pas en conclure que la société est régulière, même au cours de sa continuation au delà du terme ?

Nous pensons, au contraire, que si la société se continue, elle est devenue irrégulière.

II

La continuation de fait doit être distinguée :

30. — 1^o De la continuation d'une société pour les besoins de sa liquidation ; la société qui se dissout doit se continuer quelque temps pour terminer les opérations engagées, liquider ses comptes, payer ses dettes, recouvrer ses créances. Son patrimoine ne se confond pas immédiatement par le seul fait de la dissolution avec celui des associés. Le règlement des affaires de la société dissoute pouvant durer très longtemps, on s'est demandé si on se trouvait en présence de la société originaire qui subsistait, ou en présence d'une société de fait greffée sur la première et dont l'objet serait la liquidation. NAMUR parlait d'une « simple communauté d'intérêts », mais cette dernière opinion est unanimement rejetée de nos jours, car le patrimoine de la société continuée conserve son autonomie et ne tombe pas à l'état de copropriété passive. D'autres auteurs se prononcent pour la formation d'une société nouvelle, mais qui se constitue de plein droit (2).

La continuation de droit présente de grandes analogies avec

1. D. 71, 2, 141, S. T. C. 1872. 52.

2. FRANCKEN, *Die liquidation der offenen Handelsgesellschaft in geschichtlicher Entwicklung*, 1890 ; STRAFFA, *La liquidazione della società commerciali* (1899), 2^e éd. ; BOURGUET, *Du caractère de la liquidation des sociétés*. Thèse Paris, 1900.

la continuation de fait, surtout quand la liquidation se prolonge. Mais il est quand même facile de les distinguer ; la nomination d'un liquidateur suffit à dissiper toute équivoque, et la société est continuée de fait quand elle agit dans les mêmes conditions qu'avant sa dissolution de plein droit (1).

31. — 2° Il faut encore distinguer la continuation de fait de la continuation involontaire par les associés, qui ne savaient pas que la société avait pris fin par suite de la mort de l'un de ses membres. Les héritiers participent aux actes faits dans de telles conditions ; alors qu'en règle générale, ils ne devraient pas leur être opposables. La question s'est posée de savoir s'il fallait appliquer la règle de l'article 1865 et dire que malgré l'ignorance du décès, l'opération ne profitera pas aux autres associés ou aux héritiers de l'associé décédé.

La loi romaine répondait négativement en décidant que l'opération était commune à tous les associés : « *Eadem distinctione utemur, quà in mandato : ut si quidem ignota fuerit mors alterui, valeat societas, si nota non valeat* (2). » DESPEISSES rapporte la même solution qui était donnée dans notre ancien droit : « Si la société, ayant été contractée en vue de certain trafic, l'un des associés vient à décéder, toutes choses étant encore dans leur entier. Si, après, l'autre associé fait ledit trafic, le gain et le perte doivent être communiqués, lorsque l'associé survivant avait ignoré la mort de son associé au temps qu'il a fait le trafic, mais non pas s'il avait été averti de cette mort avant que de faire les choses dont ils avaient contracté société, car au premier cas il l'a fait comme associé, et non au second. Et tout ainsi lorsque le procureur après la mort du mandant, il a action de mandat contre les héritiers du mandant à cause de sa juste ignorance, mais non pas lorsqu'il l'a suc, comme il est dit au titre du mandement. En ce cas, il est raisonnable que la juste ignorance de la

1. Trib. Civ. S. 17 juin 1908. R. S. 1909-26 ; Cass. Civ. 4 février 1904. S. 1903 1.49 ; J. S. 1901-488.

2. Le code de commerce révisé, 2^e édition, 1884, t. 2, n° 1.300 ; DELOISON, t. 1, n° 96.

mort de l'associé ne nuise ou ne profite pas à l'associé, qui a fait le trafic à la mort de son associé. » (1)

Cette solution traditionnelle est admise dans le droit nouveau. Le Code civil reproduit textuellement au titre du mandat l'ancienne solution quant aux actes du mandataire faits dans l'ignorance de la mort du mandant (art. 2008) et l'analogie est évidente entre la société et le mandat. L'associé et le mandataire agissent l'un et l'autre en vertu d'une convention dont ils ignorent la rupture ; il serait donc injuste de leur faire supporter les conséquences désavantageuses d'un acte qu'ils n'ont pas fait pour eux, et d'autre part, s'il en résulte un bénéfice, de le leur attribuer alors que l'opération était faite pour le compte de la société ou du mandant. Valable entre les parties, l'acte de l'associé est également opposable aux tiers ; il est opposable aux associés survivants et aux héritiers par les tiers, au moins quand ces derniers ignoraient la mort de l'associé, c'est-à-dire qu'ils étaient de bonne foi (2).

Cette continuation involontaire ne doit donc pas être confondue avec la continuation de fait, elle n'a pas la même nature et ne peut d'ailleurs se produire que pour quelques opérations isolées.

32. — 3^o Il faut enfin distinguer la continuation irrégulière de l'ancienne société, de la création d'une société nouvelle irrégulière qui poursuit le même objet que la société originale et qui comprend les mêmes associés auxquels sont venus s'adjoindre les héritiers du prédécédé (3).

1. Rapporté par GUILLOUARD, n^o 307 ; HOUPIŒ, n^o 139 ; Cass., 22 mai 1843. S. 44.1.759 ; P. 1844.2.115 ; 26 janv. 1843. S. 1843.1.881 ; P. 1844.1.84.

2. Cass. belge, 26 fév. 1901, *Rev. prat.*, 1891.199 ; Trib. comm. Anvers, 28 sept. 1901 ; *id.* 1902.121.

3. Jugé en ce sens que la Société continuée est une société nouvelle, bien qu'il n'y ait aucune interruption des opérations et que la Société nouvelle acquitte le passif de l'ancienne : Trib. civ. Marseille, 13 janvier 1915. *J. E.*, n. 29.947 ; *R. E.*, 61.411 ; Cass. civ., 16 avril 1926 ; Trib. com. Liège, 17 janvier 1925. *Rev. prat. Sociétés*, 1930, 140.

« Parfois, écrit TROPLONG, la résolution de s'adjoindre les héritiers est postérieure au décès de l'associé. Dans ce cas, la société est en général une société nouvelle. L'accord, intervenu dans un moment où la société avait pris fin de plein droit, par le décès, n'est pas censé, en thèse ordinaire, effacer l'interruption ou du moins il faudrait une stipulation expresse ou des faits énergiques pour faire supposer que l'on a entendu faire disparaître les traces de cet événement et confondre les deux sociétés. Partant de cette idée que la résolution de rester en société s'interprète préférablement dans le sens d'une société nouvelle, on décidera que les héritiers en entrant dans cette société ne seront pas tenus comme associés des dettes de l'ancienne société. Ils n'en seront tenus que comme héritiers ? »

L'intérêt de la question se révèle, d'autre part, quant à l'application des clauses des statuts de la société originaire, quant à la responsabilité des associés et aux conditions de la liquidation.

Les statuts de la société originaire seront appliqués si c'est elle qui se continue irrégulièrement ; ils détermineront notamment la part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux dettes sociales ; ils maintiendront la distinction entre les associés en nom et les commanditaires, s'il y a lieu. Enfin, la société continuée formant un tout, avant et après la dissolution, une seule liquidation sera ordonnée pour laquelle on nommera un seul liquidateur (1).

Il faudrait, au contraire, procéder à deux liquidations si on se trouvait en présence d'une société nouvelle irrégulière ; parce qu'il aurait existé deux sociétés successives. Quant à la condition juridique des associés, elle dépendrait de la forme sous laquelle se serait présentée la seconde société.

On se trouve certainement en présence d'une société continuée de fait quand la société dissoute poursuit ses opérations en vertu d'une convention expresse ou tacite, mais sans qu'il soit procédé à aucune liquidation.

1. HÉMARD, *Nullités*, p. 236; THALLER et PIC, t. 1^{er}, nos 244, 339, 562.

La distinction entre la société continuée irrégulièrement et la société nouvelle irrégulière présente de l'intérêt surtout entre les parties, car à l'égard des tiers, leurs effets seront le plus souvent identiques, d'autant plus que lorsqu'il s'agit d'une société continuée irrégulièrement, les statuts ne pourront pas s'appliquer dans toutes leurs dispositions. Il est évident que la société prorogée n'aura pas la même durée que celle dont elle n'est que la continuation, même si le terme fixé lors de la formation de cette dernière n'était pas encore atteint au jour du décès de l'associé. A tout moment, les tiers ou les associés pourront faire prononcer la dissolution de la société irrégulièrement prorogée.

III

33. — Quelle est vis-à-vis des tiers la situation des associés d'une société continuée de fait ?

Le principe que la mort d'un associé dissout de plein droit la société, est absolu, aussi bien entre les parties contractantes qu'à l'égard des tiers.

Cette règle reçoit pourtant une exception au cas où les tiers ont traité avec les associés dans la croyance que la société continuait d'exister. Même s'ils connaissaient, ils ont pu croire de bonne foi à la continuation, en vertu de l'article 1868. Il en résulte que si la société vient à périliter, les associés ne peuvent leur opposer la nullité des opérations sociales. En agissant de telle sorte que les tiers aient pu croire à la persistance de la société, ils ont commis une faute qui engage leur responsabilité. Dès lors, les associés survivants et les héritiers du défunt seront obligés solidairement au passif de la société en apparence survivante (1).

L'article 1865-3^o reprendrait toute sa portée si les tiers

1. TROPLONG, 11, 704; PONT, 705, 710; GUILLOUARD, 308; HOUPIN et BOSVIEUX, 1, 137. Toulouse, 16 janvier 1835; Cass. civ., 10 mai 1838. S. 1838.1.836; Caen, 8 mars 1842. S. 1842.2.337; Cass., 22 mars 1843. S. 1844.1.759; Cass. req., 7 déc. 1858. S. 1859.1.619; Cass. req., 16 janv. 1884. S. 1884.1.240.

étaient de mauvaise foi, et s'ils n'ignoraient pas, en traitant avec les associés et les héritiers du défunt que la société était dissoute. Mais comme la bonne foi se présume, ce sera aux associés qui invoquent la mauvaise foi des tiers à la prouver. Elle sera difficile à démontrer lorsqu'il s'agit d'une société civile pour laquelle aucune publicité n'est exigée, mais les tiers qui traitent avec une société de commerce sont à même de se renseigner sur l'existence d'une clause de survie antérieure au décès de l'associé. Si, tout en connaissant le fait du décès, ils engagent une opération avec les survivants et les héritiers, ils peuvent être présumés de mauvaise foi.

En résumé, les héritiers sont donc tenus du passif social antérieur et postérieur à la mort de leur auteur quand la société originaire est irrégulièrement prorogée, soit en vertu d'une convention tacite, soit en vertu d'une convention expresse.

CHAPITRE II.

Sociétés auxquelles s'appliquent les articles 1865 et 1868

I

34. — L'article 1832 du Code civil définit la société : « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. »

Mise en commun d'une richesse par plusieurs personnes, en vue d'un bénéfice à réaliser, voilà donc le trait caractéristique du contrat de société.

Chaque fois que nous retrouverons cette caractéristique, il semble que nous pourrions appliquer avec certitude, sauf convention contraire, les règles relatives à la dissolution des sociétés par la mort naturelle d'un associé.

Remarquons-le tout de suite, ces règles sont applicables ; non seulement à la société elle-même, mais aussi à la promesse de société.

C'est une solution que commande le bon sens. Il est en effet, plus facile de dissoudre une société qui n'est pas encore définitivement constituée qu'une société dont la formation est régulière et définitive.

D'autre part, l'article 1865 concerne aussi bien les sociétés à durée limitée, que les sociétés à durée illimitée, auxquelles un terme est fixé par les statuts.

Ces diverses précisions étant apportées, nous nous demanderons quelles sociétés sont visées par les articles 1865 et 1868 du Code civil.

Le titre 9, livre III du Code civil ayant pour titre général :

« Du contrat de société », l'article 1865 s'applique évidemment à toutes les sociétés, quelles qu'elles soient, qui relèvent des droits strictement civils, mais il ne concerne pas les associations pour lesquelles aucune dérogation au droit commun n'a été apportée (1).

Ainsi, relèveront de nos règles, les sociétés purement civiles. Telles sont, tout d'abord, les sociétés universelles qui ont peu d'applications dans la pratique, et sur lesquelles il ne convient pas d'insister. Telles sont, en outre, les sociétés particulières, à objet limité.

Seront régies, par l'article 1865, les sociétés qui exploitent des salins ou des carrières, les sociétés immobilières, quel que soit l'objet de leur exploitation (achat et revente d'immeubles, spéculation sur la location ou la sous-location d'immeubles, construction d'immeubles devant être gérés par la société, exploitation lucrative d'un immeuble quelconque pourvu que l'opération n'évoque pas le caractère d'une entreprise de manufacture, les sociétés agricoles, les sociétés d'exploitation thermale, les sociétés d'assurances mutuelles, les sociétés coopératives qui achètent pour revendre uniquement à leurs adhérents.

En ce qui concerne les sociétés civiles, il faut mettre à part celles qui ont adopté la forme commerciale et qui sont dès lors régies par la loi du 1^{er} août 1893.

Selon le type de société adopté, notre société civile devenue commerciale, par la forme, sera ou non soumise aux règles de dissolution par la mort des associés, selon qu'il s'agira d'une société de personnes ou d'une société de capitaux. }

II

35. — Quel est maintenant le domaine d'application des articles 1865 et 1868 en ce qui concerne les sociétés commerciales ?

Elles sont de trois sortes. Le premier type comprend les so-

1. Loi du 1^{er} juillet 1901, art. 1^{er}. Quant à l'art. 1868, il ne pourrait recevoir ici aucune application, étant donnée la nature du contrat d'association.

ciétés à caractère vraiment personnel : sociétés en nom collectif et en commandite simple. Il y a ensuite les sociétés à caractère pécuniaire : sociétés anonymes par actions, et enfin les sociétés mixtes, qui font, à la fois, une part à l'élément personnel et une part à l'élément pécuniaire : sociétés en commandite par actions et sociétés à responsabilité limitée, loi du 7 mars 1927.

Ces diverses sociétés sont-elles régies par des textes de droit civil ?

Le Code civil ne résout pas expressément la question mais l'article 1873 qui termine le titre relatif au contrat de société et intitulé : « Dispositions relatives aux sociétés de commerce », s'exprime ainsi : « les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois, ni aux usages du commerce. » Les sociétés commerciales sont régies par les articles 18 et suivants du Code de commerce : (sociétés en nom collectif et sociétés en commandite), et surtout par les lois fondamentales des 24 juillet 1867 et 1^{er} août 1893 sur les sociétés anonymes et en commandites par actions. Il faut y ajouter la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée.

Il y a donc lieu de rechercher, soit dans les textes du Code de commerce, soit dans celui des lois successives sur les sociétés, si des dispositions sont contraires aux règles du Code civil. Dans notre matière, l'article 18 du Code de commerce est en ce sens conforme à l'article 1873 du Code civil. Il précise, en effet, que le contrat de société se régit par les droits civils, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties.

Nous examinerons donc successivement les diverses sortes de sociétés pour leur appliquer ou non les règles des articles 1865 et 1868.

36. — 1^o Sociétés de personnes. — Les sociétés de ce groupe sont appelées : « de personnes » en raison de la prédominance de l'*intuitus personnae* qui les caractérise. Elles sont dites « par intérêt », du nom de la part sociale ainsi dénommée, dont la

caractéristique est de n'être, sauf dérogation statutaire expresse, ni transmissible à cause de mort, ni cessible entre vifs.

La société type de personnes est la société en nom collectif, dans laquelle tous les associés sont personnellement tenus du passif social.

Dans les règles relatives aux sociétés en nom collectif, (articles 20 et suivants du Code commercial), sauf convention contraire, rien ne s'oppose à l'application du principe de dissolution par la mort naturelle de l'un des associés.

S'il est, en effet, une société pour laquelle aucune discussion n'est possible, c'est bien la société en nom collectif dont les associés se sont essentiellement choisis pour des raisons de personnes et parce qu'ils faisaient confiance à leurs capacités respectives. A moins qu'une volonté contraire ne soit exprimée dans les statuts, il est donc juste de dire que la mort doit interrompre les opérations de la société, les associés s'étant choisis eux-mêmes, et n'ayant pas envisagé la continuation des affaires sociales par leurs héritiers.

37. — La société en commandite simple ou par intérêt se distingue nettement de la précédente en ce qu'elle comprend deux catégories d'associés : les commandités, que l'on appelle gérants, bien qu'ils ne gèrent pas toujours la chose sociale et les commanditaires, dénommés quelquefois « bailleurs de fonds », expression d'ailleurs équivoque en ce qu'elle désigne parfois de simples créanciers.

Que faut-il décider en ce qui concerne les associés des deux catégories de ce type hybride de sociétés ?

En ce qui concerne les commandités, la question est simple : la société étant, aux termes de l'article 24 du Code de commerce, en nom collectif à leur égard nous renvoyons donc à ce qui vient d'être dit précédemment, sauf stipulation contraire : la mort du commandité entraîne la dissolution de la société.

Pour ce qui est du commanditaire, les auteurs discutent et partagent un avis différent. Les uns pensent que le commanditaire, simple capitaliste, ne joue dans l'administration

de la société qu'un rôle tout à fait secondaire et que sa disparition n'influe nullement sur les destinées de la société. Cette dernière ne doit donc pas être dissoute à sa mort. Cependant, il ne faut pas confondre le commanditaire avec un simple bailleur de fonds. Dans la commandite simple ou par intérêt, le caractère personnel du contrat subsiste dans les rapports de tous les associés entre eux.

« Lors de la formation du contrat, la personne du commanditaire est prise en considération aussi bien que celle du commandité. S'il leur est interdit de s'immiscer dans la gestion, les commanditaires ont un droit de contrôle et de conseil à la faveur duquel, ils pourront exercer une salubre influence sur la marche de l'entreprise sociale. Ils sont, d'ailleurs, tellement liés à la société que, placés sous le régime de l'article 1861 du Code civil ils ne peuvent se substituer un tiers sans le consentement de tous les autres associés. Leurs parts d'associés, étant incessibles de leur nature, aussi bien que celles des commandités, on comprend donc bien que l'un d'eux venant à disparaître, le contrat soit rompu (1). »

C'est la solution qui est généralement admise par la jurisprudence. « Bien que le commanditaire, disent les tribunaux n'apparaisse pas dans les rapports de la société avec les tiers, il n'en est pas moins un véritable associé, susceptible de jouer dans la société un rôle actif, grâce au contrôle qu'il exerce sur les opérations sociales (2). »

La Cour de cassation se base pour soutenir la même opinion, sur cette idée que, « les droits sociaux des commanditaires sont représentés par des parts d'intérêt comme celles du commandité, et que ces parts ne sont pas librement cessibles (3). »

Mais le criterium de la cessibilité, à lui seul, est-il suffisant pour déterminer la nature d'une part sociale ? Des sociétés

1. Paul PONT, *Commentaire de sociétés commerciales, Traité de sociétés civiles et commerciales* ; ALAUZET, *Traité de droit commercial*.

2. Trib. civ., 22 mai 1877 et Amiens, 18 fév. 1876. S. 1878.2.17, p. 78, 449 ; Note de BOURGUIGNAT. D. 1879.2.584.

3. Req., 23 juin 1913. D. 1913.1513.

anonymes font un usage courant des clauses qui rendent incessibles les actions sans qu'elles deviennent pour cela intransmissibles aux héritiers. L'article 36 de la loi du 7 mars 1925 rend héréditaires les parts des sociétés à responsabilité limitée, alors que l'article 22 dispose qu'elles ne seront cessibles que sous des conditions très rigoureuses.

En résumé, dans les textes qui régissent la société en commandite, il n'y a rien qui soit contraire au principe de l'article 1865, et théoriquement, on peut conclure que les parts des commanditaires sont intransmissibles en cas de mort, toujours sous réserve d'une convention contraire.

Nous pensons, cependant, avec M. HÉMAR, que les motifs qui justifient la dissolution, apparaissent moins forts et moins valables quand c'est un commanditaire qui disparaît (1). « Si, dit le savant auteur, on admet que la mort d'un commanditaire est une cause de dissolution de la commandite, du moins, au point de vue législatif, la solution contraire nous paraîtrait plus juste et préférable (2). »

La mort d'un bailleur de fonds, qui ne serait qu'un simple prêteur de capitaux, n'aurait évidemment aucune influence sur la durée de la société.

38. — 2° Sociétés de capitaux ou par actions. — Rappelons que l'action est une part sociale matériellement représentée par un titre transmissible et négociable.

Les sociétés par actions se divisent en sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions.

Réserveons le cas des sociétés en commandite par actions que nous étudierons plus loin avec les sociétés à nature mixte.

Dans les sociétés anonymes, sociétés essentiellement de

1. S. 1908.1.178.

2. PARDESSUS, *Droit commercial*, t. III, nos 1056 et suivants 1066 ; DELOISON, *Traité des sociétés de commerce*, t. II, n° 86. D'après le droit allemand, la mort comme la faillite n'entraîne pas la dissolution de la société (art. 170 C. civ. allemand). Dans le même sens : code fédératif suisse. *Des obligations*, art. 611, al. 2 ; ALAUZET, GUILLERY, *Des sociétés de commerce en Belgique*.

capitaux la mort d'un actionnaire ne saurait nullement faire obstacle à la continuation de la société. Les rapports de choses sont substitués aux rapports de personnes, a-t-on pu écrire, en sorte que les changements qui peuvent survenir dans le personnel des associés, sont sans aucune influence sur l'existence et la durée de la société, sauf réserve, bien entendu, de ce que nous avons écrit, plus haut sur l'*intuitu personae* dans les sociétés de capitaux.

La responsabilité des associés est limitée à leur part sociale, et dans la majorité des cas, il importe peu que les associés aient confiance les uns dans les autres et qu'ils se connaissent personnellement (1).

« La société de capitaux doit principalement son crédit à l'importance des capitaux qu'elle met en valeur », écrit M. THALLER.

Il est dans la nature des sociétés de capitaux, et spécialement des sociétés anonymes de continuer, malgré le décès d'un de leurs membres. Ajoutons qu'un texte précis, contenu dans la loi du 24 juillet 1867, article 54, décide « que la société ne sera point dissoute par la mort... de l'un des associés et continuera de plein droit entre les autres associés. »

Sans doute, cette disposition est-elle insérée sous le titre III de la loi du 24 juillet 1867, intitulée : « Dispositions particulières aux sociétés à capital variable », mais il est bien certain que c'est une disposition générale, qui, la variabilité du capital étant stipulée, s'appliquera à toute société qu'elle qu'en soit la nature, aux sociétés d'actions, aux sociétés anonymes, en commandite, et même aux sociétés en nom collectif ou en commandite simple. Elle n'est d'ailleurs nullement impérative.

On peut expliquer cette extension même aux sociétés de personnes, en raison du caractère spécial des sociétés à capital variable. Dès que, dans une société quelconque, il est prévu que le capital pourra être augmenté ou diminué, il est à pré-

1. Paul PONT, *Traité commentaire des sociétés de commerce*, II, 1096.

2. Lyon, 22 fév. 1902. *Journal des tribunaux de commerce*, 1902, p. 847.

sumer que les parties ont en vue, plutôt que la personne des associés l'élément pécuniaire et la valeur de leur mise, que celle-ci se manifeste sous forme d'intérêts ou d'actions.

39. — 3^o *Sociétés mixtes.* — Elles sont de deux catégories : les sociétés en commandite par actions et les sociétés à responsabilité limitée de la loi du 7 mars 1925.

La société en commandite par actions est comme la société en commandite simple, un type hybride comprenant deux catégories d'associés : les uns, personnellement obligés, les autres obligés seulement jusqu'à concurrence de leurs apports. Seulement, dans la commandite par actions, le commanditaire peut négocier librement sa part, ce qui lui est interdit dans la commandite simple. La conséquence en est que le décès du commanditaire est sans influence sur la durée de la société.

40. — Quant à la société en responsabilité limitée, créée par la loi du 7 mars 1925, elle peut être constituée entre deux ou plusieurs personnes, et présente cette particularité que les membres ne sont tenus des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leurs apports.

C'est la forme de société intermédiaire entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux, qui permet à des particuliers de se réunir pour mettre en commun leurs capitaux et leurs espérances commerciales, sans que leur responsabilité puisse dépasser le montant de la mise engagée.

Les parts de sociétés à responsabilité limitée ne sont pas négociables comme le sont les actions d'une société anonyme. La loi leur impose d'être nominatives et en réglemente la cession d'une manière très stricte (art. 22 et 23 de la loi du 7 mars 1925).

Aux termes de l'article 22, les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés, représentant au moins les trois-quarts du capital social.

Cette disposition s'explique en raison du caractère intime

de la société à responsabilité limitée. Dans un groupement généralement restreint, où les rapports entre associés l'emportent sur les rapports pécuniaires, on n'a pas voulu qu'un étranger puisse se substituer à un associé sans le consentement des autres coassociés (1).

Ainsi, à défaut de texte, serait-il difficile de décider de la solution de notre problème au sujet de ces sociétés dans lesquelles l'*intuitus personæ* semble jouer un rôle primordial et où, cependant l'*intuitus pecuniæ* n'est tout de même pas négligeable.

Aussi, le législateur, dans sa sollicitude envers la nouvelle forme de société, et dans le but de donner le plus de facilité possible aux membres des sociétés à responsabilité limitée, a-t-il permis que celles-ci ne soient pas dissoutes par la mort de l'un des associés, sauf stipulation contraire des statuts. (Art. 36 de la loi du 7 mars 1925.)

Nous avons ici un texte formel qui déroge expressément au principe de l'article 1865. L'article 1868 et les clauses qui en dérivent peuvent cependant concerner les sociétés à responsabilité limitée, dans le cas suivant : il faut supposer : 1^o que les statuts posent le principe de la dissolution de la société à la mort d'un associé ; 2^o que pendant le cours de la société, les associés décident la continuation avec les héritiers, sous les diverses modalités que prévoient les clauses de prorogation.

41. — A côté des sociétés de personnes et de capitaux et des sociétés mixtes, nous devons mentionner les associations en participation.

L'association en participation est, en effet, une véritable société au regard des tiers. Ses membres ne sont pas unis par un lien de société, mais sont seulement comptables les uns envers les autres des opérations faites par chacun sous son nom propre, quoique dans un intérêt commun. Leur situation juridique, dans les relations qu'il sont ensemble, n'en

1. Jean TAUZIN, *Mémento pratique des sociétés à R. L.*, 5^e édition.

est pas moins assimilée à celle de véritables associés (1).

L'*intuitus personæ* joue dans l'association en participation un rôle aussi considérable que dans la société en nom collectif. Il semble donc qu'on doive décider, à moins de convention contraire, que la société doit se dissoudre par la mort de l'un des participants (2).

Certains auteurs émettent l'avis qu'il faut distinguer la société dissoute de plein droit ou continuée avec les héritiers suivant que l'associé décédé était chargé d'un travail personnel ou qu'il participait à l'association simplement par ses capitaux.

Il a été jugé en ce sens (3), par interprétation de la volonté des parties, qu'une société en participation n'était pas dissoute par la mort d'un associé, décision contraire aux principes généraux et qui ne s'explique que par les circonstances de l'espèce. D'ailleurs, l'arrêt statuait ainsi par interprétation de la volonté des parties, ce qui revient, en somme, à dire, qu'il y avait clause tacite de continuation, conformément à l'article 1868 (4).

Certains auteurs (5) enseignent une opinion semblable à celle de l'arrêt de Bordeaux : le décès du participant qui s'est borné à fournir les fonds pour l'opération, n'entraînerait pas la dissolution de la participation.

Si l'on s'en tient uniquement aux textes, cette doctrine, cependant rationnelle, doit être rejetée pour les mêmes raisons qui ont fait écarter l'opinion émise au sujet des commanditaires (6).

Il faut, malgré tout, reconnaître que l'interprétation de la volonté des associés, si elle présente par ailleurs l'inconvé-

1. Cassation, février 1903. S. 1903.115.

2. PONT, t. 2, 1775.1898. DELOISON.

3. Bordeaux, 24 juillet 1862. S. 1863.2.31.

4. *Infra*, p. 42 et suiv.

5. PARDESSUS, III, n° 1058 ; DELANGLE, 2645 ; ALAUZET, t. 2, 474 ; VAVASSEUR, I, 25 ; ROUSSEAU, 2, 3052 ; GUILLERY, 3, 1087.

6. *Supra*, p. 67.

nient de susciter des procès, tiendrait mieux compte des besoins de la pratique.

C'est sans doute pour cette raison qu'un arrêt de la Cour de Montpellier (1) soutient que les sociétés en participation ne seraient pas régies, quant à leur dissolution, par les articles 1865 et suivants du Code civil, mais uniquement par le pacte social.

Il paraît, cependant, plus exact de dire que, sauf manifestation de volonté contraire, il y a lieu, en toute hypothèse, de considérer l'association comme dissoute par application de l'article 1865. Les associations en participation sont soumises, en effet, aux règles générales du droit civil, et s'il y a des dérogations possibles, que les circonstances, même, rendent parfois nécessaires, la règle de l'article 1865 conserve toute son autorité (2).

D'une part, la personne des participants, même inactifs a certainement été prise en considération lors de la formation de la société. D'autre part, de même que les commanditaires dans la commandite, ils ont un droit de surveillance et sont liés à la participation.

Il n'en faut pas plus pour donner au contrat un caractère personnel et justifier l'application de l'article 1865.

42. — Le cas du décès du gérant prête spécialement à controverse.

Trois cas doivent être distingués :

a) Le gérant est associé ; dans ce cas, c'est l'application pure et simple de l'article 1865 et de ses conséquences.

b) Le gérant est étranger à la société, mais nommé par les statuts. Nous adopterons la même solution (3), non plus par application de l'article 1865, mais en raison de la nature de la convention intervenue entre les parties.

La dissolution s'impose, par application du pacte social.

1. 9 juin 1901. *Mon. jud. du Midi*, 30 juin 1901.

2. Note sous Cass. Req., 1^{er} févr. 1886. S. 89. 1.468.

3. PONT, t. I, 502 ; LYON-CAEN et RENAULT, 2, 313 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, I, 137 *in fine*.

Celui-ci a prévu un mode spécial d'administration de la société, au lieu de laisser fonctionner l'article 1859 du Code civil qui accorde la gérance collective à tous les associés. Le gérant statutaire, une fois mort, l'administration de la société, conformément aux stipulations des statuts, devient impossible et la société est dissoute, à moins que les associés ne s'entendent, pour nommer à l'unanimité (puisqu'il s'agit du pacte social) un successeur au gérant statutaire. On peut, d'ailleurs, éviter le cas de dissolution statutaire par une rédaction convenable des statuts.

c) Le gérant est étranger à la société, mais nommé en dehors de toute désignation statutaire. Dans ce cas, son décès n'entraîne pas la dissolution, car il n'est qu'un mandataire *ad nutum*, révocable comme tous les mandataires.

CHAPITRE III

Les héritiers continuateurs d'une Société de personnes

I. — Que faut-il entendre par héritiers ?

43. — I. — Que faut-il entendre par héritiers ? Dans un sens large, ce mot est synonyme de successeurs, et il désigne toutes les personnes, quel que soit leur nombre qui ont une vocation héréditaire. Par suite, l'expression « héritiers » concernerait aussi bien les héritiers testamentaires que les héritiers *ab intestat*, les héritiers légitimes que les successeurs irréguliers, comme le conjoint.

Il nous faut dire quelques mots de chacune de ces catégories de successeurs. Généralement, le Code emploie l'expression « héritiers légitimes » pour désigner les parents légitimes à l'exclusion des successeurs irréguliers. C'est dans ce sens que l'article 756 ancien disait que les enfants naturels ne sont point héritiers et que le nouvel article 756 leur reconnaît, au contraire, cette qualité. Parfois, aussi, cette expression est prise dans un sens plus large, et elle comprend tous les successeurs *ab intestat* par opposition aux successeurs testamentaires.

44. — A) 1^o Les premiers sont tous ceux qui sont appelés à succéder au défunt par la volonté de la loi et suivant l'intention présumée du défunt. Au premier rang, viennent les héritiers légitimes : descendants, ascendants et collatéraux. Ils sont considérés comme continuant la personne du défunt, ce

qui veut dire qu'ils succèdent personnellement à ses obligations et en sont tenus de la même manière que lui.

Ils sont investis de la saisine héréditaire, c'est-à-dire du droit de prendre possession des biens du défunt sans avoir à remplir aucune formalité.

Viennent ensuite les héritiers naturels (enfants naturels reconnus, père et mère naturels) ; la loi du 25 mars 1896 leur a confié la saisine.

Puis, ce sont les frères et sœurs naturels, enfants naturels d'un même père ou d'une même mère, qui succèdent entre eux à défaut d'enfants ou d'ascendants.

Enfin, le conjoint survivant se voit conférer des droits héréditaires par l'article 767 du Code civil, modifié par diverses lois, dont la dernière est du 3 décembre 1930.

Qu'il recueille une part en propriété ou en usufruit, il faut voir en lui un véritable successeur du défunt qui peut, à ce titre, provoquer le partage et réclamer sa part en nature, à moins, toutefois, que les héritiers, ne lui imposent une rente viagère.

Mais le conjoint n'est qu'un successeur irrégulier, et non un héritier ; cela résulte de la place que lui a donnée le Code : article 767, sous la rubrique « des successions irrégulières ». Il n'a donc point la saisine et doit demander l'envoi en possession. C'est d'autant plus remarquable qu'il était considéré dans l'ancien droit comme un héritier (1).

45. — 2^o Sont également héritiers, au sens de l'article 1868, les bénéficiaires de successions anormales, c'est-à-dire ceux à qui sont dévolus certains biens en raison de leur provenance. » Il y a succession anormale ou droit de retour légal, quand une chose transmise à titre gratuit revient à celui qui l'a donnée ou à ses héritiers, en cas de mort, sans postérité de celui qui l'a reçue (2).

Les successeurs anormaux sont l'ascendant donateur, l'adoptant, les frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel.

1. PLANIOL, t. III, p. 347 et suivantes.

2. HÉMARD, *Précis de droit civil*, t. III, n^o 2766.

Que faut-il comprendre par le mot « ascendants » ? Tous les ascendants légitimes, quel que soit leur degré. Mais faut-il comprendre aussi les ascendants naturels ? (père et mère naturels). La jurisprudence et la doctrine se prononcent généralement sur cette question dans le sens de la négative, bien qu'il paraisse peu logique à certains égards, d'accorder un droit de succession anormale aux frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel et de la refuser à l'ascendant de celui-ci. Mais, on fait remarquer qu'en raison de la place qu'il occupe dans le Code, l'article 747, n'a été rédigé que pour les parents légitimes ; il présente un caractère exceptionnel et ne saurait être étendu par analogie (1).

Le cas où le successeur anormal se trouvera appelé à profiter de la clause de continuation ne sera pas fréquent. Il faudrait supposer, en effet :

1^o Que les statuts permettaient au successeur anormal, originairement associé, de se substituer un tiers dans la société.

2^o Que, d'autre part, la continuation de la société par les héritiers était également prévue, ce qui permet au successeur anormal de reprendre sa place dans la société, à la mort du tiers qui l'a remplacé, si toutefois, on peut le considérer comme un héritier.

Or, le droit de retour légal est un véritable droit de succession. Si le fondement des trois successions anormales est différent, elles ont cependant la même nature, et les successeurs anormaux sont des héritiers.

C'est ce qui résulte du texte même de l'article 747 : « les ascendants succèdent » et de celui de l'article 352 « l'adoptant succède ». Les successeurs anormaux ont la saisine et sont tenus personnellement des dettes de la succession, proportionnellement à la valeur des biens qu'ils recueillent. Ces biens sont considérés comme formant une masse, un patrimoine au sujet duquel ils peuvent prendre l'un des trois parts suivants : celui d'une acceptation pure et simple,

1. Paris, 27 nov. 1845. D. 45.2.180.

d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire, ou d'une renonciation.

La part de l'associé donataire peut aussi revenir au donateur par l'effet d'un droit de retour conventionnel. Dans ce cas, il ne faut plus parler de succession. L'associé donateur reprendra bien sa place dans la société, mais ce ne sera pas en vertu de la clause de continuation prévue pour les héritiers, ce sera parce que la donation de la part sociale était affectée d'une condition résolutoire : celle de la mort de l'associé donataire.

La donation d'une part d'intérêt sous condition résolutoire est valable si les statuts le permettent. En tous cas, on ne saurait assimiler le bénéficiaire d'un droit de retour conventionnel à un héritier, ni même à un simple représentant du défunt.

Au cas où le successeur anomal vient à hériter d'une part d'intérêt donnée par lui, il doit donc bénéficier en tant qu'héritier de la clause de survie de la société. En sera-t-il de même, si la succession anormale est constituée par un autre bien que la part sociale ?

On pourrait, au premier abord, se décider pour la négative. En effet, la succession anormale déroge à la règle générale d'après laquelle la loi ne considère pas l'origine des biens pour en régler la dévolution.

Mais nous venons de voir, d'autre part, que le successeur anomal est saisi, et qu'il répond personnellement des dettes de la succession en proportion de l'actif qu'il recueille. Si l'on considère la part sociale comme un ensemble de droits et d'obligations qui se répartissent entre tous les héritiers, n'est-ce pas reconnaître au successeur anomal, le droit d'entrer dans la société avec les autres continueurs de la personne du défunt ? Son droit de succession est, en effet, de même nature que le leur, bien qu'il porte sur une autre masse de biens.

46. — 3^o Nous nous demanderons, maintenant, si l'Etat doit être considéré comme un véritable successeur appelé à profiter de la disposition de l'article 1868. Il recueille, à titre

de bien vacant et sans maître, toute la succession qui s'ouvre sans héritiers, mais il ne succède pas au défunt en vertu d'une vocation héréditaire.

L'Etat n'est donc pas un héritier, c'est uniquement son droit de souveraineté qu'il exerce en recueillant les successions en déshérence.

Cette question a, cependant, été discutée.

L'Etat intervient dans une succession de deux manières : dans tous les cas, il prélève, à titre d'impôt, une certaine partie des biens héréditaires, enfin, à défaut d'héritiers et de conjoint survivant, il recueille l'ensemble de la succession, et on a soutenu que ce serait à titre de successeur irrégulier.

Le Code lui-même, traite du droit de l'Etat dans le chapitre IV (livre III, titre I^{er}) intitulé : « des successions irrégulières », après avoir déterminé dans la même section celui du conjoint survivant.

Il en résulterait des conséquences intéressantes. Comme tout successeur irrégulier, l'Etat devrait demander l'envoi en possession, par l'intermédiaire de l'administration des domaines. Il pourrait accepter ou refuser la succession qui lui échoit par droit de déshérence.

Enfin, au cas où le testateur aurait exhéredé tous ses héritiers sans instituer de légataire universel, son testament devrait être considéré comme frappé de nullité, et la succession reviendrait, non à l'Etat, puisqu'il serait également atteint par l'exhéredation, mais à l'héritier *ab intestat* le plus proche.

C'est en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence.

En pareille hypothèse, la succession serait, au contraire, dévolue à l'Etat, si l'on considère qu'il vient à la succession, en vertu d'un droit de souveraineté.

L'argument de texte invoqué pour prouver que l'Etat est un véritable successeur ne nous semble pas probant.

Il est indiscutable, en effet, que les rédacteurs du Code civil n'ont pas entendu faire du droit de déshérence un droit de succession.

D'autre part, l'Etat n'est jamais tenu qu'*intra vires* ; en

présence d'héritiers testamentaires, il ne peut ni demander le partage, ni réclamer sa part en nature, et il n'a pas le droit d'obliger au rapport.

Il faudrait donc conclure, avec M. HÉMARD (2), que l'Etat ne peut être un héritier, puisqu'il acquiert en vertu d'un titre qui suppose justement l'absence d'héritiers. Par ailleurs, il a cependant une situation analogue à celle d'un héritier, puisqu'il obtient, comme celui-ci, une universalité juridique. Il est *loco heredis*.

De ce qui précède, il résulte donc que la société sera dissoute s'il ne reste ni héritier, ni conjoint survivant pour profiter de la clause de survie.

47. — B) Après avoir passé en revue les héritiers *ab intestat*, nous arrivons aux héritiers testamentaires.

Ils sont de trois sortes : le légataire universel, le légataire à titre universel, et enfin le légataire à titre particulier.

Le legs universel est celui qui donne au légataire une vocation éventuelle à la totalité des biens du testateur (3).

Ce n'est d'ailleurs pas le bénéfice recueilli par le légataire qui fait reconnaître le caractère universel du legs, mais bien cette vocation à la totalité des biens. Le testateur a donné le tout ; si le légataire n'obtient qu'une partie, c'est parce qu'il est en concours avec d'autres héritiers ou successeurs, mais si ses concurrents faisaient défaut ; il recueillerait, à lui seul, la totalité (4).

Il pourrait même ne rien recueillir de la succession du testateur ; son legs, en pareil cas, lui procurerait, cependant, divers avantages, par exemple, le légataire universel peut faire siens les fruits de la masse héréditaire pendant un certain temps.

Diverses formules équivalent à l'institution universelle. Le testateur n'est pas tenu de définir sa pensée en termes

1. Paris, 13 déc. 1901. D. 1902.2.177, note COLIN.

2. HÉMARD, op. précité, p. 274, n° 2086.

3. Comp. art. 1003 du C. civ.

4. Cass., 22 janv. 1894. D. 94.1.232 ; Comp. Cass., 12 juil. 1892. D. 92.1.451.

sacramentels et, à côté des expressions traditionnelles de légataire universel ou d'héritier institué, on doit considérer comme legs universel :

1° Le legs de tous les meubles et de tous les immeubles ;

2° Le legs de tous les biens disponibles, ce legs contenant vocation éventuelle pour le tout, car il est possible que le testateur ne laisse pas d'héritiers à réserve. Cependant, il est possible que, léguant la quotité disponible, le testateur ait voulu fixer le montant du legs au chiffre qu'avait cette quotité au jour où il testait, auquel cas, il n'y a là qu'un legs à titre universel.

Il y a donc une question d'intention que, dans chaque cas, les juges ont à résoudre.

3° Le legs de la nue-propiété de tous les biens. En effet, de par son titre même, le nu-propriétaire est appelé à recueillir un jour l'usufruit (1). Au contraire, on considère qu'il n'y a pas legs universel lorsque le legs a pour objet l'usufruit de tous les biens. Certaines cours d'appel, d'accord avec la doctrine, estiment que le legs en usufruit ne peut jamais être qu'un legs à titre particulier, puisqu'il manquera toujours quelque chose au légataire, à savoir le droit de propriété (2). Pour soutenir cette opinion, on donne, d'autre part, à l'article 1010, qui énumère les legs à titre universel, un caractère limitatif. Or, il ne mentionne pas l'usufruit universel.

La Cour de cassation décide que l'usufruit de l'universalité des biens ne peut constituer le legs universel. La jurisprudence de la Chambre civile est constante en ce sens depuis 1827 (3). Elle invoque le caractère énonciatif de l'article 1010, et se base sur une considération d'équité. Elle a voulu assurer à l'usufruitier universel ou à titre universel, le droit aux fruits, dès le jour du décès du testateur, et non seulement à partir du jour de la demande en délivrance du bien soumis à l'usufruit.

1. Riom, 23 déc. 1889. D. 92.1.451.

2. Amiens, 15 nov. 1892. D. 93.2.314 et D. 95.1.471, note, col. 1.

3. 6-7 août 1827. D. 27.1.461 ; Cass., 20 juin 1910. D. 1911.1.49.

5° Enfin, il faut encore voir un legs universel dans le legs du restant ou du surplus des biens. Le résultat est le même que si le testateur, après avoir institué le légataire universel, l'avait chargé de distribuer les différents legs ; tout ce qui ne fait pas l'objet de legs particuliers se trouve nécessairement compris dans le legs général ainsi formulé ? (1)

48. — L'article 1010 définit le legs à titre universel : « c'est celui par lequel le testateur lègue une quote-part des biens dont la loi lui permet de disposer, telle qu'une moitié, un tiers ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous ses immeubles ou de tout son mobilier ».

Nous venons de voir, que d'après la jurisprudence, l'usufruit universel ou à titre universel devait être considéré comme un legs à titre universel.

Quant au legs particulier, il est aux termes de l'article 1010, alinéa 2 celui qui n'est ni universel, ni à titre universel.

Il peut porter, non seulement sur un ou plusieurs objets, déterminés, mais encore, il pourra valoir comme charge, c'est-à-dire comme une créance sur la succession ou contre un héritier ou légataire (2).

Le legs particulier peut encore s'appliquer à une universalité de fait : ensemble de certains meubles ou de certains immeubles ; il peut enfin se rapporter à une universalité de droit, telle qu'un fonds de commerce, la part du testateur dans la communauté avec son conjoint, et ce qui nous intéresse plus spécialement, la part qu'il possède dans une société de personnes.

Le légataire particulier qui reçoit une part sociale à l'exclusion des autres héritiers n'est pas appelé à entrer dans la société en vertu de son titre général de successeur, mais en tant que bénéficiaire d'une stipulation pour autrui. Il peut donc refuser de faire partie de la société tout en acceptant le reste du legs, si la part sociale ne faisait pas son seul objet.

1. Cass., 12 juillet 1892. D. 92.1451.

2. Tandis que le legs constitue une disposition directe, la charge est adressée à un bénéficiaire indirectement, par l'intermédiaire d'un tiers.

La même solution doit être donnée pour le légataire à titre universel, si la part sociale se trouve dans la portion de patrimoine qu'il est appelé à recueillir.

La jurisprudence qui admet un simple cessionnaire de droits successifs à profiter de la clause de survie, admettrait certainement à en réclamer le bénéfice des légataires à titre universel ou particulier qui se présentent dans de telles conditions, puisqu'ils sont les ayants droit directs du défunt.

En dehors de ce cas spécial, lorsque la part sociale ne leur est pas attribuée par le testateur, les légataires à titre universel doivent être considérés comme des héritiers aux termes de l'article 1868.

49. — II. — En résumé, l'expression d'héritiers aux termes de l'article 1868 comprend tous ceux qui sont appelés à représenter l'associé décédé : héritiers réguliers ou irréguliers, ou testamentaires.

Ils seraient tous appelés à continuer la société ; les héritiers légitimes saisis pouvant se trouver en concours avec de simples successeurs à titre particulier, le légataire universel avec des héritiers réservataires, le conjoint avec les héritiers légitimes, les successeurs anomaux avec les successeurs ordinaires.

Une foule de successeurs de toutes qualités, est dont la plupart n'auraient avec le défunt d'autre lien que celui d'une libéralité faite en leur faveur, pourraient donc entrer à sa place dans la société.

Ce résultat ne serait pas conforme aux principes traditionnels du droit français en matière successorale. Ils ne permettent pas, en effet, de considérer comme de véritables héritiers tous les successeurs que nous venons d'énumérer.

« On appelle succession, écrit PLANIOL, la transmission du patrimoine entier d'une personne décédée à une ou plusieurs autres personnes vivantes ; la succession est donc un mode d'acquérir par décès et à titre universel. »

Or, il y a deux manières d'envisager la transmission des biens héréditaires : dans un premier système, l'héritier est

censé continuer la personne juridique du défunt ; dans le second, il apparaît comme un simple successeur aux biens. La personne du défunt se survit en dehors de lui pour les besoins de la liquidation de sa succession. Cette conception a été adoptée par la jurisprudence en ce qui concerne la succession bénéficiaire et aussi la continuation d'une société de personnes par les héritiers mineurs.

Mais ce n'est là qu'une exception. La tendance de la jurisprudence, au contraire, est de considérer tous les héritiers comme de véritables continueurs de la personne du défunt, dès qu'ils ont vocation à l'universalité ou à une quote-part de l'universalité des biens héréditaires. A ce point de vue, l'évolution qui a fait du légataire universel non saisi, puis du légataire à titre universel de véritables héritiers tenus sur tous leurs biens est significative.

50. — En droit français, en règle générale, l'héritier est donc le continueur de la personne du défunt (2). Que faut-il entendre par cette expression ?

On a coutume d'opposer le droit romain au droit coutumier en ce que le premier donnait à la succession testamentaire le pas sur la succession légitime, tandis que le second ne reconnaissait que la succession *ab intestat* et disposait que la volonté de l'homme ne pouvait faire un héritier. Cette opposition est cependant plus apparente que réelle, si l'on se souvient que le but du testateur romain était de léguer ses biens à sa famille naturelle à l'exclusion des agnats. Le testament en droit coutumier servait, au contraire, à déshériter la famille naturelle au profit des collatéraux ou d'étrangers. La faveur dont jouissait le testament en droit romain, s'inspirait donc de ce même sentiment qui le faisait redouter en droit germanique.

L'homme éprouve le besoin instinctif de léguer ses biens à ceux qui continuent sa personne physique. C'est une vérité fondamentale, à notre avis, qui s'imposait, tant en droit

1. PLANIOL, *Droit civil*, t. III, n° 347.

2. 17 mai 1852. S. 1852.1.570.

romain qu'en droit coutumier, et qui est à la base du droit successoral de tous les pays et de tous les temps.

Notre Code civil, s'il a placé la succession testamentaire au même rang que la succession légitime, reprenait la lettre des traditions romaines, mais dépassait leur esprit, puisque de nos jours, comme à l'époque du droit coutumier, le testament qui n'est plus inspiré par la nécessité de protéger la famille naturelle, risque parfois d'être dirigé contre elle.

Mais ce n'est pas cette idée de continuation physique de la personne qui est à la base de notre droit successoral moderne. C'est l'idée romaine de continuation juridique de la personne. Il n'est d'héritiers que les successeurs appelés à continuer la personne de leur auteur.

Aucun doute ne saurait exister sur ce point pour M. AUBRY et RAU :

« On appelle communément successeur universel, écrivent-ils, celui qui est appelé à succéder à la totalité ou à une partie aliquote du patrimoine d'une autre personne, mais au point de vue philosophique, cette qualification ne convient qu'à ceux qui représentent un individu décédé, en continuant sa personne juridique. » Les autres, même s'ils recueillent l'ensemble des biens, ne sont que des successeurs particuliers.

Et ils concluent : « Rien de plus précis, par conséquent, seuls, les successeurs universels, c'est-à-dire les héritiers, continuent la personne du défunt, et seuls, ceux qui continuent la personne du défunt, sont héritiers (1).

La notion de la continuation juridique de la personne du défunt par son héritier dépend de la conception qu'on se fait du patrimoine. MM. AUBRY et RAU, ainsi que les auteurs classiques, se la représentent comme on le comprenait en droit romain. Or, le patrimoine était considéré comme un ensemble de droits et d'obligations qui n'avaient d'autre lien entre eux que la personne de leur titulaire ; lui mort, ils s'abîmaient dans le néant, solution inacceptable qui eût ruiné le crédit ; il fallut donc imaginer que la personne du défunt serait continuée par celle de son héritier.

1. AUBRY et RAU, *Droit civil*.

Cette conception du rapport du droit et du patrimoine, n'est plus celle de la doctrine moderne ; elle ne voit pas en eux l'émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle. Les droits et les obligations sont considérés objectivement, en eux-mêmes. Ils sont unis, non par la personnalité de leur titulaire, mais par leur destination économique. Il en résulte que la mort de ce dernier ne produit pas leur extinction, et qu'un héritier peut être considéré autrement que comme un continuateur de la personne, qu'il peut apparaître comme un simple successeur aux biens, tenu du passif héréditaire, à concurrence de la part d'actif qu'il recueille, et *pro viribus*.

Nous avons vu que la jurisprudence a fait certaines applications de cette idée. Le principe de la continuation de la personne juridique du défunt a été vivement critiqué. On lui reproche de survivre à des conceptions juridiques qui ont évolué et qui, dans leur forme nouvelle, ne se trouvent plus en harmonie avec lui. C'est ainsi que M. PERCEROU a pu écrire qu'il apparaissait de nos jours « comme vide et creux (1) . »

51.— Quoi qu'il en soit, le principe de la continuation de la personne étant encore à la base de notre droit successoral, nous avons à rechercher quelles sont ses conséquences, c'est-à-dire quelles conditions doit remplir un successeur pour pouvoir être considéré comme un véritable héritier.

L'article 724 du Code civil répond à cette question :

« Les héritiers légitimes et les héritiers naturels, dit-il, sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession.

Ce texte reproduit exactement le dernier état du droit coutumier qui pouvait, en effet, se résumer ainsi :

1^o L'héritier est tenu *ultra vires* des obligations contractées par le défunt.

1. PERCEROU, *Liquidation du passif héréditaire* (Annales de droit commercial, 1905).

2° L'héritier est toujours saisi.

Il n'y avait pas de relation directe de cause à effet entre l'obligation *ultra vires* et la saisine héréditaire. Comme l'écrit M. PERCEROU, on ne trouve nulle part cette idée qu'on est tenu indéfiniment parce qu'on est saisi, « mais comme ces deux institutions ont le même domaine, et qu'elles concernent les mêmes personnes, il y a entre elles une symétrie de fait, et les juristes ont transformé le rapport de fait en rapport de droit. Ces deux principes se rattachent, d'ailleurs, à la même idée juridique, à savoir, que l'héritier continue la personne du défunt. Mais les rédacteurs du Code civil le passent sous silence (2), si bien qu'ils semblent faire résulter la responsabilité illimitée de la saisine.

Cette conception de l'héritier est le résultat d'une longue évolution historique au cours de laquelle il s'est produit une confusion entre deux institutions, qui, à l'origine, étaient chacune l'expression d'un droit successoral particulier : il s'agit de l'idée de la continuation de la personne et de la saisine germanique.

Nous avons vu comment les Romains étaient arrivés, grâce à la première de ces conceptions, à expliquer la transmission universelle du patrimoine aux héritiers. Le droit germanique n'eut pas besoin d'employer cette fiction juridique pour arriver au même résultat. Seuls, les parents du défunt pouvaient être héritiers ; ils étaient censés avoir la copropriété des biens, dont l'administration était laissée au chef de famille. Celui-ci mort, le droit de propriété virtuel des héritiers se trouvait réalisé, et sans aucun fait d'appréhension de leur part, ils avaient de plein droit la saisine, c'est-à-dire, la possession civile des biens de l'hérédité : « Le mort saisit le vif son hoir le plus proche ».

Le droit germanique faisait donc reposer la dévolution héréditaire sur un autre principe que le droit romain, celui de la succession aux biens auxquels se rattache la saisine. A

1. PERCEROU, *op. cit.*

2. Voir cependant art. 1220.

l'origine du droit coutumier, les héritiers n'étaient que de simples successeurs aux biens, tenus seulement à concurrence de l'actif recueilli dans la succession et sur les biens de celle-ci, jamais sur leurs biens personnels. Puis, sous l'influence de l'idée germanique de continuation physique de la personne, les enfants d'abord, tous les héritiers du sang, par la suite, furent tenus indéfiniment du passif successoral. Leur droit successoral conservait, cependant, la même nature que celui des autres successeurs, bien qu'ils aient eu une responsabilité différente, les successeurs *ab intestat* et testamentaires avaient tous la saisine puisqu'ils étaient des successeurs aux biens.

Mais les juristes finirent par rattacher l'idée germanique de continuation de la personne à l'idée romaine, ce qui changea la nature du droit des héritiers du sang.

D'autre part, à l'époque de la féodalité, la saisine changea de caractère ; elle ne se rattacha plus au concept de la succession aux biens, et elle ne fut plus accordée qu'à ceux qui continuaient juridiquement la personne du défunt, c'est-à-dire, en droit coutumier, aux héritiers du sang.

Les pays de droit écrit avaient, tout de suite, admis l'idée romaine de la continuation de la personne qui s'appliqua, tant aux héritiers *ab intestat* qu'aux héritiers testamentaires.

Ils avaient, par contre, admis la saisine, mais en la détachant de l'idée de la succession aux biens. Elle permit à l'héritier qui mourait avant d'avoir accepté la succession, de transmettre les droits héréditaires dont il se trouvait investi de plein droit par l'effet de la saisine. Elle jouait donc le rôle d'un simple expédient juridique destiné à parer à un inconvénient du droit romain.

52. — III. — En résumé, si nous tenons compte des solutions de l'ancien droit, qui sont un compromis entre la succession à la personne et la succession aux biens, seront seuls héritiers les successeurs investis de la saisine et tenus *ultra vires*.

Avant de les déterminer, nous nous demanderons si le législateur de 1804 a reconnu la qualité d'héritier à un simple successeur testamentaire.

Cette question a été discutée.

Notre Code civil, si l'on s'en tient à sa terminologie, semble avoir reproduit exactement la théorie du droit coutumier, ce qui ne peut nous étonner puisqu'il s'est inspiré de POTHIER.

En droit romain, la succession était testamentaire ou légitime, c'est-à-dire que la volonté du défunt comme la loi, pouvaient faire un héritier « *heredes gignuntur scribuntur* ».

Dans l'ancien droit, les pays de droit écrit avaient seuls adopté cette conception, tandis que les pays de coutume n'acceptaient qu'une seule catégorie d'héritiers : les héritiers légitimes : « *solus deus heredem facere potest, non homo* ». La volonté de l'homme ne peut faire un héritier que par contrat.

Et la terminologie du Code civil paraît confirmer cette manière de voir, bien que certains auteurs aient prétendu que les auteurs du Code civil ont admis les deux sortes de succession (1).

« Il faut d'abord reconnaître, dit DEMOLOMBE, que dans l'article 711, en déclarant que la propriété des biens s'acquiert par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, les rédacteurs du Code civil ne paraissent comprendre sous ce mot « succession » que la succession *ab intestat*.

En effet, ils organisent en premier lieu la succession légitime, qui forme chez nous la règle générale, lorsqu'ensuite ils s'occupent de la volonté de l'homme, ils ne se servent plus des mots « succession » ni « héritier ».

Ils en posent les principes dans le titre des donations entre vifs et testaments, et là, on ne trouve plus que des donations ou des legs, des donataires ou des légataires.

Lorsque les rédacteurs du Code civil emploient les mots « héritier » ou « héritier institué », c'est en leur donnant le sens de légataire ou de donataire.

Il ne faudrait pourtant pas attacher à la terminologie une

1. MERLIN, *Répertoire du légataire* ; DELVINCOURT, t. II, p. 11 ; TALLIEN, t. 2, n° 68 ; TOULLIER, p. 4, n°s 150-154 ; MOURLAN, *Rép.*, t. 2, p. 8 ; *Contra* : DURANTON, VII, n° 14 ; AUBRY et RAU, t. 5, p. 425-446 ; PAIJOL, *Des successions* sur l'art. 861, n° 6 ; MARCADÉ, art. 712, n° 8.

importance essentielle, la question n'est pas dans les mots, comme l'a écrit M. l'avocat général Nicias GAILLARD ; sur ce point, les qualifications ont perdu beaucoup de leur valeur, et les choses ont pris la place des mots.

Si pour la forme, le Code ne reconnaît que des légataires et non des héritiers institués, il voit en eux des successeurs universels, qui doivent être traités sous beaucoup de rapports, *loco heredem* comme s'ils étaient héritiers.

La jurisprudence et la doctrine ont, à juste titre, placé sur la même ligne ces deux sortes de successions auxquelles il faut ajouter la succession contractuelle.

Du moment que la succession testamentaire produit les mêmes effets pour celui qui en bénéficie que la succession *ab intestat*, il devra être considéré comme un véritable héritier.

Tous les héritiers, qu'ils soient *ab intestat* ou testamentaires, sous la double condition qu'ils seront tenus *ultra vires* et saisis, pourront profiter de la clause de continuation. Le concours dans la société prorogée entre plusieurs classes d'héritiers, est donc possible.

Il se produira, dans la succession *ab intestat* entre les enfants légitimes et naturels, héritiers de leur auteur commun.

53. — Quant au conjoint, on ne peut le considérer comme un véritable héritier, capable à ce titre d'entrer dans la société puisqu'il n'est jamais saisi. Les auteurs de la loi du 9 mars 1891 décidèrent de ne pas accorder la saisine au conjoint survivant, afin de le soustraire à l'obligation aux dettes *ultra vires*. D'ailleurs, son droit de succession, portant sur un usufruit, la question se pose de savoir s'il faut le considérer comme un successeur à titre universel ou simplement particulier.

La jurisprudence, cependant, s'est efforcée de faire disparaître l'une des différences qui séparent les successeurs irréguliers, tels que le conjoint, des héritiers légitimes. En présence de l'article 724 du Code civil, elle ne pouvait leur

1. PLANIOL, *Droit civil*, t. III, nos 2090 et 2092.

attribuer la saisine « mais, écrit PLANIOL, l'étendue des obligations et dettes n'a pas été réglée en termes formels par des dispositions spéciales de la loi, la jurisprudence avait donc les mains libres. Elle en a profité pour assimiler aux véritables héritiers les successeurs irréguliers, tout au moins ceux qui sont de simples particuliers succédant à un parent naturel décédé ou à leur conjoint. »

Nous pensons, toutefois, que le conjoint survivant ne pourra profiter de la clause de survie que s'il est désigné comme bénéficiaire d'une stipulation pour autrui qui sera faite en l'espèce au profit d'un légataire particulier.

Les successeurs anomaux n'entrent dans la société prorogée que si le bien qui constitue la succession anormale est justement la part sociale à transmettre : ils ne se trouvent donc jamais en concours, en tant que successeurs anomaux, avec les héritiers de la succession ordinaire.

54. — Parmi les successeurs testamentaires, le légataire universel est saisi dans deux cas : en l'absence d'héritiers réservataires, et quand il est lui-même réservataire. Par ailleurs, est-il obligé *ultra vires* au passif successoral ? Cette question a été discutée.

Un premier système, reprenant les solutions de notre ancien droit coutumier, faisait du légataire universel un simple successeur aux biens dans tous les cas. C'est celui des commentateurs immédiats du Code civil.

« Le légataire universel, est-il écrit dans l'article 1099 du Code civil, sera tenu des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement, pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout. »

Les partisans de ce premier système prétendent que le mot « personnellement » est employé par antithèse du mot « hypothécairement » et qu'il signifie chirographairement. Il ne serait pas pris avec le sens qui lui est donné dans l'article 1092 : « Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.

Dès le 30 décembre 1823, la Cour de Paris a, cependant, interprété le mot « représentants » du défunt comme embrassant le légataire universel aussi bien que l'héritier *ab intestat*.

C'est aussi la solution de l'arrêt Toussaint du 13 août 1851 (1) « attendu que l'intention manifeste du législateur a été de modifier les anciens principes et de ne plus laisser subsister, si ce n'est, quant à la saisine légale, aucune différence entre les diverses personnes qui succèdent à titre universel, par le vœu de la loi ou la volonté de l'homme ». Aux termes de la jurisprudence, l'obligation *ultra vires* au passif successoral serait donc la conséquence de tout titre successif universel.

Dans cette opinion, le légataire universel, a d'ailleurs non seulement les mêmes obligations mais aussi les mêmes droits qu'un héritier véritable.

En ce qui concerne les renonciations aux successions, ce sont les articles 784, 786 du Code civil qui doivent être appliqués aux légataires universels, et non les règles posées par les articles 1044, 1045 du Code civil qui visent seulement les légataires particuliers.

Un arrêt de la Cour de Toulouse du 6 juillet 1886 a accordé au légataire universel la propriété des lettres missives du testateur.

La Cour de Nîmes, par un arrêt du 30 avril 1879, l'autorise à exercer l'action en contestation d'une reconnaissance d'enfant naturel, en lui accordant même l'exercice de l'action en désaveu.

Le droit d'agir, en cas de diffamation envers la mémoire du défunt lui fut aussi reconnu par un arrêt de la Cour de Lyon du 11 décembre 1868.

Enfin, d'après une troisième opinion, qui résume les solutions de l'ancien droit, à la fois dans les pays de droit écrit et les pays de coutume, sur les rapports de la saisine et de l'obligation *ultra vires*, le légataire universel ne serait tenu indéfiniment du passif successoral que dans le cas où il serait saisi. C'est cette dernière opinion que nous adoptons parce

1. 13 août 1851. D. 1851.1.281 ; même sens : Poitiers, 16 mars 1864, 13 mai 1852. S. 1852.1.570.

qu'elle nous paraît conforme aux traditions historiques.

En tous cas, seul, le légataire universel saisi pourra profiter de la clause de continuation. Quant au légataire universel non saisi, ou au légataire à titre universel, il ne pourrait jamais s'en prévaloir, même si on le considère comme tenu *ultra vires*, au passif successoral. Comme il n'est pas saisi, on ne peut voir en lui un véritable continuateur de la personne du défunt et il n'entrera pas dans la société prorogée aux côtés des héritiers réservataires.

La saisine, dans ce cas, présente bien le caractère qu'elle avait en droit coutumier alors qu'elle marquait la continuation physique de la personne du défunt. Les héritiers réservataires, en présence desquels la saisine est refusée au légataire universel, sont, en effet, les plus proches parents du *de cuius* : ses enfants et ses père et mère.

En ce qui concerne les légataires particuliers, aucun doute ne peut exister, ils ne bénéficient pas de la clause de survie, puisqu'ils sont de simples successeurs aux biens, jamais saisis.

55. — En résumé, nous pensons que les associés, visent seulement par le mot « héritiers » les continuateurs de la personne du défunt, ce qui est conforme à la tradition historique et à l'intention du législateur.

Cependant, s'ils jugent que la continuation de leur société sera ainsi mieux assurée, les associés peuvent étendre les effets de l'article 1868 du Code civil à tous les successeurs sans distinction, même aux légataires particuliers et aux successeurs irréguliers. C'est ainsi que les clauses qui permettent au conjoint survivant d'accéder à la société sont d'un usage fréquent.

De plus, si au lieu du mot « héritier », l'acte de société portait qu'en cas de décès de l'un des associés, la société ne serait pas dissoute, mais continuerait avec les représentants de ce dernier, il faudrait entendre par ce mot, tous ceux qui viendraient à ses lieux et place dans la société pour avoir, par exemple, acheté ses droits sur la poursuite de ses créan-

ciers, le mot « représentant » étant beaucoup plus étendu que celui d' « héritiers » et devant comprendre tous ceux qui, à un titre quelconque, succèdent aux droits de l'associé (1).

En l'absence d'une disposition expresse des statuts, par exemple, il serait impossible d'admettre dans la société prorogée un cessionnaire de droits successifs, car il ne saurait être assimilé à un héritier. Comme il acquiert la part d'un héritier, sa situation est seulement celle d'un croupier.

L'interprétation extensive du mot « héritier » nous semble donc exceptionnelle. De nombreux auteurs l'admettent cependant, en l'absence de toute manifestation de volonté des associés. On n'aperçoit pas de motifs, dit DUVERGUES (2) pour établir une distinction entre les diverses classes d'héritiers. Mais cette opinion ne tient pas compte de la notion d'*intuitu personæ* qui domine la création et le fonctionnement des sociétés de personnes ; en plus des autres raisons que nous avons données, la nature du contrat de société nous conduit à ne considérer comme des héritiers véritables que les continuateurs de la personne du défunt.

II. — Les héritiers mineurs

56. — I. — Il faut se demander quelle est la valeur de notre clause lorsqu'on se trouve en face d'héritiers incapables, soit par suite d'incapacité générale, soit par suite d'incapacité particulière de faire le commerce.

Le cas des héritiers mineurs demande à être examiné particulièrement. Le législateur ne s'est occupé nulle part de la capacité de contracter une société ; il faut donc pour la déterminer s'en référer au droit commun, se baser à la fois sur les

1. Paris, 13 août 1831. S. 34.11.874. Un arrêt comprend parmi les représentants du défunt, une société créée par lui. Cass. Req., 26 nov. 1929. R. S. 1930-19.

2. En ce sens : TOULLIER, t. 20, n° 440 ; PONT, *Du contrat de société*, n° 715 ; GUILLOUARD, *Du contrat de société*, n° 300 ; TROPLONG, n° 952.

règles concernant la capacité pour faire les actes de commerce et sur les règles établies par la loi pour acquérir la qualité de commerçant.

Or, le mineur non émancipé est absolument incapable ; n'ayant même pas la capacité d'administrer, il n'est pas apte à contracter une société. Les sociétés civiles entraînent, en effet, pour leurs membres une responsabilité illimitée ; il en est de même des sociétés commerciales fondées sur l'*intuitu personæ*, en ce qui concerne l'associé en nom de la société en nom collectif, et le commandité de la société en commandite.

D'autre part, dans une société de commerce, les associés à responsabilité illimitée sont des commerçants, et le mineur ne peut devenir tel qu'après avoir atteint l'âge de dix-huit ans, après avoir obtenu son émancipation et l'autorisation générale de faire le commerce.

Quant aux représentants du mineur, ils n'ont en principe que des pouvoirs d'administration, ce qui suffirait à leur interdire de contracter pour le compte de leur pupille une société à responsabilité illimitée. La question est cependant discutée en ce qui concerne les sociétés civiles. M. HOUPIN estime que le tuteur, en vertu d'une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal, et le père, administrateur légal, en vertu de l'autorisation du Tribunal, ont le droit de contracter une société civile et d'effectuer l'apport en nature à cette société de biens meubles et immeubles appartenant au mineur, soit entièrement, soit par indivis avec d'autres personnes (1).

Il est, par contre, impossible au tuteur ou au père administrateur légal, de constituer pour le compte du mineur une société de commerce, car le commerce ne s'exerce pas par mandataire (2).

Bien que la jurisprudence considère la souscription comme un acte de commerce, le tuteur ou le père peuvent cependant

1. HOUPIN, t. I, p. 80.

2. HOUPIN, t. I, p. 80 ; LYON-CAEN et RENAULT, n° 76 ; ARTHUYS, n° 313 ; THALLER et PIC, n° 403 ; WAHL, n° 305 ; HOUPIN, S. 1900.285 et suivants ; voir toutefois NYSENS et CORBIAUX, n° 26.

souscrire pour le mineur des actions de société anonyme et de commandite, à condition toutefois de se conformer aux règles édictées par la loi du 27 février 1880 (1). Certains auteurs n'admettent cette solution qu'au cas où la commandite est fournie immédiatement et où les actions sont immédiatement libérées en totalité. Il n'y aurait pas alors acte de commerce, mais simple placement rentrant dans les pouvoirs du tuteur ou de l'administrateur légal. La capacité de faire des actes de commerce, écrivent MM. LYON-CAEN et RENAULT n'est assurément pas nécessaire lorsqu'il s'agit d'une personne qui verse immédiatement sa mise ou qui achète des actions sans intention de les revendre. »

57. — Le mineur émancipé a la capacité d'administrer, mais il n'a pas celle de s'obliger ; il ne peut donc contracter une société civile même avec l'assistance de son curateur ; pour le faire, l'autorisation de son conseil de famille et l'homologation du Tribunal lui sont nécessaires.

Par contre, il peut employer ses revenus à souscrire les actions entièrement libérées d'une société en commandite ou anonyme.

Enfin, la loi fait confiance au mineur émancipé au point de lui accorder la faculté de faire le commerce (art. 327 du Code civil et art. 2 du Code de commerce).

Il suffit au mineur d'obtenir préalablement l'autorisation de faire le commerce soit de son père, soit de sa mère, en cas de décès, d'absence ou d'interdiction de ces derniers, soit enfin, à défaut du père ou de la mère, du conseil de famille, par délibération soumise à l'homologation du Tribunal de commerce.

Est-ce à dire que cette autorisation générale de faire le commerce rende le mineur émancipé capable d'entrer dans les liens d'une société commerciale de la même manière que s'il avait atteint sa majorité ?

1. Loi 27 fév. 1880, art. 2 et loi 6 avril 1900 ; PIC, t. I, n° 382, p. 491 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, t. I, p. 82, HÉMAR, *Nullités*, n° 110.

Plusieurs auteurs arrivent à une telle conclusion (1). C'est aussi la décision adoptée par un arrêt de la Cour de cassation du 11 août 1828 aux termes duquel l'autorisation générale de faire le commerce, du moment qu'elle n'est pas formellement limitée par l'expression de la condition faite au mineur d'opérer seul conférerait à ce dernier la faculté de s'associer.

Toutefois, dans l'opinion dominante, on estime que l'autorisation de faire le commerce n'implique en aucune manière, par elle-même, la faculté de s'associer. Cette association qui déroge aux principes de l'incapacité du mineur est donc limitative de sa nature lorsqu'elle est pure et simple. Elle ne peut avoir d'effet et de valeur, que pour les seules opérations commerciales en vue desquelles elle a été accordée.

Or, on ne peut considérer le contrat de société comme un acte habituel relatif au commerce pour lequel le mineur a été habilité.

Entrer en société, en effet, c'est accepter par avance des droits et obligations redoutables qui peuvent ne pas être envisagés au moment où a été délivrée l'autorisation. D'autre part, cette autorisation a visé la faculté de faire le commerce seul, mais non pas l'association avec un tiers.

Nous estimons donc que le mineur doit être spécialement autorisé pour entrer en société et pouvoir substituer à l'exploitation individuelle une société en vue de l'exploitation collective bien autrement dangereuse pour les obligations et les responsabilités qu'elle entraîne.

Le mineur change de situation et l'aggrave singulièrement. Une autorisation spéciale d'entrer en société ne serait cependant pas nécessaire au cas où le mineur autorisé à faire le commerce s'associerait des commanditaires, puisqu'étant seul chargé de la gestion, il n'aurait pas à répondre des actes de ses coassociés.

1. DALLOZ, *Répert. droit com.*, n° 153 ; BOISTEL, n° 88 ; NYSSENS et CORBIAUX, n° 31 ; ROUSSEAU, n° 38. Voir en ce sens (sol. Impl.) : Tribunal Alger, 30 janvier 1924, *R. S.*, 1925, 388 ; *J. S.*, 1925, 530.

58. — II. — Ces considérations générales sur la capacité des mineurs étant posées, nous nous demanderons quel sera l'effet de la clause expresse de survie à l'égard des héritiers mineurs.

Aucune difficulté ne se présente s'ils doivent entrer dans la société prorogée en qualité de commanditaires. Bien que l'engagement du commanditaire ait été considéré par elle comme commercial, la jurisprudence a cependant décidé que le tuteur pourrait faire entrer l'enfant ou le mineur dans une société ou commandite en qualité de commanditaire (1). Emancipé, le mineur exercera personnellement le droit de contrôle qui lui appartient sur les opérations sociales ; non émancipé, il se fera représenter à cet effet par son tuteur ou son père administrateur légal, solution qui ne paraît d'ailleurs pas entièrement rationnelle. Le commanditaire, malgré sa responsabilité limitée, intervient parfois très activement pour surveiller la gestion des affaires sociales. C'est ainsi que l'article 28 du Code commercial lui reconnaît le droit de donner des conseils aux associés en nom ; il paraît donc difficile de confier ce droit de contrôle, essentiellement subjectif, à une autre personne que le commanditaire. Cela ne revient-il pas à faire du tuteur de l'incapable le véritable associé ? En tous cas, ce dernier ne serait pas gérant si cette qualité appartenait à l'auteur du mineur. Elle ne peut, en effet, se déléguer.

En résumé, tous les auteurs admettent que le mineur peut bénéficier de la clause de survie, si elle l'appelle à remplacer un simple commanditaire. La seule question qui se pose en pareil cas, est de savoir s'il doit se faire autoriser spécialement à cet effet.

La clause des statuts qui prévoit que les héritiers d'un associé en nom entreraient dans la société prorogée en qualité de commanditaires s'appliquera certainement à l'héritier mineur.

« La difficulté commence, écrit M. PIC, lorsqu'il s'agit d'as-

1. Trib. com. Tournai, 16 fév. 1904. S. 1905.514 ; Riom, 2 mai 1907, J. S., 1908, 18 ; *Contra* : Trib. civ., S. 22 fév. 1912, J. S., 1933, 178.

surer la transmission de la part d'un associé en nom, avec le même caractère à ceux de ses cohéritiers encore mineurs. »

59. — A) Sur cette question, la doctrine est très divisée, tandis que la jurisprudence est unanime. Deux raisons très graves s'opposent à l'entrée des mineurs dans la société, que tous les auteurs ont d'ailleurs signalées. La première a autant de valeur pour les sociétés civiles que pour les sociétés commerciales.

1^o La loi ne permet au tuteur d'accepter la succession échue au mineur que sous bénéfice d'inventaire, c'est-à-dire après balance des charges et des avantages de la succession. Mais il semble impossible d'associer cette règle avec celle qui rend l'associé nouveau responsable sur tous ses biens, présents et à venir, du passif social antérieur et postérieur au décès.

2^o Vient ensuite l'objection tirée de l'article 2 du Code de commerce : l'associé en nom est commerçant ; or, le mineur ne peut devenir tel qu'après dix-huit ans, sous la condition d'obtenir avec son émancipation, la double autorisation de faire le commerce et de le faire en société.

Deux solutions s'offriraient, si le mineur au lieu de recueillir une part de société, héritait d'un commerce individuel. Il suffirait de faire passer le nom et le titre de commerçant à la personne investie de l'usufruit légal, ou tout simplement de donner en location le fonds de commerce jusqu'à la majorité du mineur. Mais, deux principes essentiels empêchent l'attribution de la part sociale en jouissance ou en location. D'une part, en effet, l'intérêt est inaccessible, d'autre part, nous avons vu que le commerce ne saurait être exercé par procuration. En se bornant à stipuler la continuation de la société par les héritiers, les associés n'ont certainement pas envisagé l'hypothèse de l'ingérence d'un tuteur ou d'un preneur étranger.

Il a été donné, en outre des raisons moins fortes :

L'une est d'ordre pratique. DUVERGIER fait remarquer que l'aliénation et l'administration des biens de mineurs sont soumises à toutes sortes de formalités gênantes et coûteuses.

En ce qui concerne la continuation de la société, on se trouve donc en présence de l'alternative suivante : de deux choses l'une, les formalités seront observées et dans ce cas, elles constitueront une gêne permanente pour les opérations sociales, ou bien, elles seront négligées et le mineur perdra les garanties que lui donne la loi.

La première solution, d'après DUVERGIER, entraînerait pour les contractants des inconvénients si graves qu'il est difficile de croire qu'ils aient eu l'intention de s'y soumettre.

Pour soutenir que la société ne peut pas se continuer avec les héritiers mineurs, DUVERGIER rapproche encore la situation du mineur de celle de l'interdit.

« Si un héritier, déjà admis aux lieu et place de son auteur, dit-il, venait à être frappé d'interdiction, la société serait dissoute. Elle ne doit donc pas continuer si l'héritier est mineur au moment du décès de l'associé. L'état de minorité doit empêcher d'établir des rapports que l'état d'interdiction fait cesser. »

60. — Les auteurs qui admettent que la clause de continuation doit s'appliquer aux héritiers mineurs ne se sont pas laissés influencer par ces derniers arguments, ni en particulier par les inconvénients qui résultent de l'état de minorité pour l'aliénation et l'administration des biens de mineurs. Ils ont dû être prévus par les associés au moment où ils stipulaient que leurs héritiers les remplaceraient dans la société. S'ils gênent la gestion des affaires sociales, ils ne la rendent cependant pas impossible. La clause qui substitue les héritiers à leur auteur, conclut GUILLOUARD, n'ayant été l'objet d'aucune restriction, il serait aussi contraire au droit qu'à l'équité d'enlever aux héritiers mineurs l'avantage que l'acte de société assure aux représentants, quels qu'ils soient, de l'associé décédé.

Pour justifier leur opinion, les auteurs qui prétendent que la clause de survie doit recevoir exécution alors même que l'associé prédécédé laisse des héritiers mineurs, s'appuient sur deux catégories d'arguments.

Ils invoquent la tradition historique. TROPLONG rappelle que jadis les sociétés taisibles se continuaient sans difficulté avec les héritiers mineurs de l'associé prédécédé, et cela bien qu'on ne pût commencer une société taisible avec un mineur. « Ce point, dit-il était universellement admis dans la jurisprudence coutumière. »

Ces auteurs se basent encore sur le principe de l'autonomie de la volonté des parties en matière contractuelle : « *contractus legem ex conventionione accipiunt* », c'est-à-dire, les contrats reçoivent leur loi de la convention.

La dissolution hâtive d'une société entraîne la plupart du temps des conséquences désastreuses que les associés ont justement voulu éviter en écartant l'application de 1865-3°. Ils pensaient ainsi avoir supprimé définitivement la menace que constitue pour la prospérité de l'entreprise l'éventualité de la mort de l'un d'entre eux. Par suite, il n'était certainement pas dans leur intention de subordonner la continuation de la société à de nouveaux hasards, tenant cette fois à l'état de minorité des héritiers. Il est temps de répondre ici à l'objection de DUVERGIER, concernant la différence de traitement à laquelle seraient soumis le mineur et l'interdit.

L'interdiction ne rompt la société que lorsque, dans le pacte constitutif, aucune clause ne prévoit qu'elle n'aurait pas ce résultat. Or, dans notre hypothèse, au moins lorsqu'il y a clause expresse de continuation, un pacte est intervenu pour faire entrer l'héritier dans la société prorogée, que celui-ci soit majeur ou mineur. Dans l'un et l'autre cas, en effet, il recueille tous les droits et les obligations qui composent le patrimoine de son auteur et en particulier ceux qui constituent la part sociale. Décider autrement, serait aller à l'encontre de la volonté des parties qui ont voulu rendre transmissibles, contrairement à l'article 1865-3° leurs droits et leur titre d'associé (1). C'est cette volonté des associés primitifs qui opère la continuation de la société sans que l'interposition d'un nouveau consentement soit nécessaire au moment de la mort de l'associé prédécédé.

La question de capacité est donc indifférente lorsqu'il

s'agit, non de constituer une société nouvelle, mais de continuer une société régulièrement formée. C'est ce qu'exprime TROPLONG après avoir soutenu que la clause de continuation devait s'appliquer aux héritiers mineurs. « Si j'ai tant insisté sur ce point, conclut-il, c'est que j'ai rencontré des esprits peu familiers avec les principes de droit qui, allant beaucoup plus loin que M. DUVERGIER, s'imaginent que la continuation de la société exige, en quelque sorte, un concours de volonté de la part des mineurs à peu près comme s'il s'agissait de constituer une société, mais l'erreur est grave ; la continuation de société ne saurait être jugée du même oeil que la constitution de la société. Celle-ci est une œuvre de la volonté, celle-là est la charge de l'héritage. C'est un pacte légalement formé qui se transmet avec la succession. « *Tam hæredibus nostris quam nobis metipsis cavemus.* »

61. — B) La jurisprudence est unanime pour décider que les mineurs peuvent remplacer un associé en nom dans la société prorogée. Elle reproduit tous les arguments invoqués par la doctrine en ce sens.

Un arrêt du 2 mars 1885 (1) pose en cette matière des principes fondamentaux. Il est intervenu dans une affaire où le Tribunal civil de Rouen avait statué en première instance de la manière suivante :

« Attendu en droit, qu'après avoir posé dans son article 1865 cette règle générale qu'une société prend fin par la mort naturelle d'un de ses membres, le Code commercial y apporte une exception par l'article 1868 qui décide que... »

« Attendu que les termes ci-dessus sont généraux et *ab solus*, qu'ils s'appliquent incontestablement à tous les représentants de l'associé décédé, qu'ils soient majeurs ou mineurs. »

« Attendu, en effet, que la loi n'établit aucune distinction, que les termes dont elle se sert sont impératifs et obligatoires pour le représentant du défunt, quels que soient son âge et son degré de parenté.

1. Cass., 2 mars 1885. S. 85.1.382. Fréret c/Pétel.

« Attendu cependant que l'héritier a deux moyens légaux de se soustraire aux conséquences du pacte conclu par son auteur, d'abord celui de renoncer à la succession ou de l'accepter sous bénéfice d'inventaire.

« Que dans l'espèce cette garantie ne pouvait échapper au mineur.

« Attendu qu'il est hors de doute que la succession de X... se trouvait grevée à partir du jour du décès du susnommé, jusqu'à la date fixée pour l'expiration de la société, de toutes les charges actives et passives qui pouvaient lui incomber durant ce laps de temps..., etc.

« Attendu que la jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour donner la même interprétation de l'article 1868. »

L'affaire ayant été portée en appel, la Cour d'appel adopta les arguments du Tribunal civil de Rouen. Son arrêt reproduit cette affirmation que la continuation n'exige pas un acte de volonté de la part des héritiers, puisqu'il ne faut voir en elle qu'une charge de la succession, dérivée du Pacte social et de la volonté du défunt.

C'est seulement en la personne de ce dernier que peuvent être appréciées les conditions de capacité exigées par la loi pour la constitution d'une société.

«... Attendu... qu'étrangère à la volonté des représentants alors mineurs de Fréret, la continuation de la société Fréret et Pétel après le décès de Fréret a été la conséquence nécessaire et forcée de la disposition stipulée dans l'article 12 du pacte social... que cette disposition conforme à 1868, dès lors licite, oblige les représentants des mineurs... »

La Cour de cassation ayant eu à se prononcer sur cette affaire, rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt rendu par la Cour de Paris.

Le conseiller BABINET approuva dans son rapport les arguments donnés par les magistrats de première instance et d'appel. Il fit aussi remarquer que les mineurs restent associés pour toutes les opérations commencées avant le décès de leur auteur. Les conséquences qu'elles entraînent constituent au même titre que la continuation de la société une charge

de la succession. Personne ne songe, cependant à contester cette situation parfaitement légale qui se trouve seulement étendue par la stipulation de continuation.

En résumé, il résulte de cette jurisprudence :

1^o Que dans le cas de clause expresse, la continuation a lieu de plein droit même avec les héritiers mineurs puisqu'elle ne résulte pas d'une convention nouvelle, mais qu'elle est la conséquence nécessaire du pacte intervenu entre les associés, pacte dont l'observation s'impose pendant toute la durée de la société, quelles que soient les circonstances qui en entourent l'application.

2^o Que si l'entrée des mineurs dans la société est une des charges de la succession, cette charge est du moins limitée à la valeur de l'actif successoral, puisque les mineurs ne peuvent se voir enlever la protection du bénéfice d'inventaire.

La même solution fut adoptée par un arrêt de la Cour de Paris du 7 avril 1887 (1). Dans cette espèce, les héritiers étaient des mineurs placés sous la tutelle de leur mère. Ils ne pouvaient pas être émancipés, puisqu'ils n'avaient pas atteint l'âge de dix-huit ans, ce qui les empêchait par ailleurs de faire le commerce.

La mère tutrice soutenait qu'en vertu de la clause, la société devait continuer avec les mineurs après le décès du mari, et que par conséquent, il ne devait pas y avoir lieu à liquidation comme le demandait l'associé survivant.

La Cour de Paris s'est prononcée en ce sens et elle a posé en principe que la société devait continuer malgré la minorité des héritiers, à moins que les associés n'aient exclu pour ce cas précis la possibilité de continuation.

62. — C) 1^o M. LYON-CAEN a longuement discuté la jurisprudence. Il reprend les arguments invoqués par la doctrine, contre la continuation d'une société de personnes par des mineurs, lorsqu'ils seront appelés à remplacer un associé en nom ou un commandité.

1. S. 87.1.382.

Les tribunaux se basent sur cette remarque que l'article 1868 ne distingue pas entre les héritiers mineurs et majeurs, raisonnement qui peut surprendre si l'on pense qu'un texte de loi ne doit pas être apprécié en lui-même isolément, mais qu'il faut le combiner avec d'autres règles et le rattacher à l'ensemble des principes généraux auxquels il ne peut pas contrevenir.

En effet, le législateur n'a pas à rappeler à propos de chaque disposition légale, que les règles sur la capacité conservent toute leur valeur, elles sont toujours sous-entendues et doivent être observées même lorsqu'il n'en est pas fait mention expressément. Les principes généraux de notre droit sur la capacité du mineur subsistent donc en présence de l'article 1868. Le texte est écrit pour les majeurs, sous réserve des restrictions qui peuvent résulter de l'état de minorité, d'après les termes du droit commun ? C'est au juge ou à l'interprète à rapprocher les règles fondamentales des dispositions particulières pour les mettre en harmonie.

« La Cour de Paris, avec la jurisprudence, écrit M. LYON-CAEN, nous semble avoir méconnu le principe élémentaire d'interprétation devenu un brocard de droit dans la forme que lui avaient donnée les jurisconsultes romains : « *Incivilis est nisi toti lege prospecta una alinqua particula ejus proposita judicare, vel respondere* » (1).

Les principes généraux en question sont les suivants : L'associé en nom collectif ou le commandité sont des commerçants qui doivent avoir par suite la capacité de faire le commerce. Or, cette capacité est refusée au mineur, même émancipé, qui n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans, et elle ne peut lui être inférée par aucune autorisation. D'autre part, la règle que le commerce ne s'exerce pas par procureur empêche le tuteur de représenter son pupille.

Dès lors, comment le mineur pourrait-il se voir opposer la clause de continuation et deviendrait-il associé en nom ou commandité s'il a moins de dix-huit ans, et à partir de cet

1. CELSE, *Digeste*, 424.1.3. *De legibus*.

âge, comment le deviendrait-il sans émancipation, ni autorisation préalable dûment publiée ?

De tels résultats ne pourraient être atteints qu'en vertu d'une disposition légale formelle dérogeant à l'article 2 du Code de commerce. Or, elle n'existe pas.

La Cour de Paris et surtout la Cour de cassation, ont cru écarter définitivement de si grandes objections, en insistant sur ce point que le mineur se trouve protégé par l'institution du bénéfice d'inventaire, garantie qui ne lui fait jamais défaut.

L'article 461 du Code civil porte, en effet, que l'acceptation des successions échues à des mineurs n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire. Il en résulte que ces incapables ne sont tenus des dettes du défunt, en particulier des dettes qui se rattachent à la part sociale de celui-ci, que jusqu'à concurrence de l'actif successoral.

Les dangers qui résultent de l'exercice du commerce en société sont donc restreints pour les mineurs à la portion de succession qu'ils recueillent, leurs biens personnels restant à l'abri des mauvaises spéculations de la société.

Dans ces conditions, peut-on dire qu'on se trouve en présence de véritables commerçants ? On sait, en effet, que la qualité de commerçant est refusée aux commanditaires, aux actionnaires de sociétés anonymes et enfin aux membres de sociétés à responsabilité limitée. Tous ces associés ne répondent du passif social que dans une limite restreinte, et seulement jusqu'à concurrence de la valeur de leurs apports.

Ce raisonnement ne satisfait pas M. LYON-CAEN. Il lui reproche de ne pas tenir compte des règles de l'acceptation bénéficiaire, ni des principes essentiels relatifs aux sociétés en nom collectif.

Sans doute l'héritier mineur n'est-il tenu que dans les limites de l'actif successoral pour les dettes antérieures au décès de son auteur, mais pour celles qui naissent postérieurement à ce décès, la protection du bénéfice d'inventaire fait défaut et le mineur est tenu indéfiniment sur tous ses biens, comme le serait n'importe quel associé, du passif de la société.

La difficulté n'est donc pas supprimée, mais seulement ajournée. Pour les opérations postérieures au décès et qui ne seraient pas la suite d'affaires commencées du vivant du défunt, les biens personnels du mineur se trouveraient engagés sans limite. C'est qu'il ne s'agit plus ici de dettes héréditaires, mais de dettes qui résultent du fonctionnement d'une société dans laquelle le mineur figure comme associé en nom. Ayant à supporter tous les risques d'un commerçant, il doit être considéré comme tel, et cela au mépris des prescriptions de l'article 2 du Code de commerce puisqu'il n'est, par hypothèse, ni émancipé, ni autorisé à faire le commerce.

63. — L'argument opposé par M. LYON-CAEN, au système de la jurisprudence, ne tient pas compte de la façon dont elle a compris le bénéfice d'inventaire, dans ce cas particulier, ni du parti qu'elle a tiré de la séparation de patrimoines qui est la conséquence de cette institution.

La jurisprudence ne limite pas les effets du bénéfice d'inventaire, en ce qui concerne le passif social, au temps nécessaire à la liquidation des autres charges de la succession; mais elle prolonge la situation qui en résulte tant que le mineur n'est pas capable d'exercer le commerce. Les opérations de la société, qu'elles soient antérieures ou postérieures au décès, prennent leur source dans le pacte de continuation et les risques encourus seront éventuellement supportés par le patrimoine du défunt, qui a conservé son identité propre, en face des biens personnels du mineur, et sa destination, qui est de garantir les droits des créanciers sociaux.

Contrairement aux règles ordinaires, il y a donc une partie du passif successoral dont le règlement n'est pas envisagé au moment du décès. La Cour de cassation (1) a créé une fiction de survie indéfinie de la succession, et elle a fait de celle-ci, écrit M. PIC, « une sorte de personne juridique investie d'un patrimoine séparé et perpétuant la personnalité du *de cujus* afin de masquer dans son ombre celle de ses héritiers mineurs ».

1. Req., 2 mars et 10 mars 1885. P. 85.1.44 et 444; Req., 23 oct. 1906, D. 1907.4.93.

La part d'associé recueillie par le mineur reste une valeur de la succession. Simple détenteur de cette part sociale ; il ne devient pas commerçant, exposé à la faillite. La succession, étant seule intéressée, nul risque ne peut arriver au mineur dont les intérêts se trouvent ainsi suffisamment préservés, sans qu'il soit contrevenu à l'article 2 du Code de commerce. Quant à la responsabilité illimitée à laquelle sont exposés les biens du commerçant ou de l'associé, elle ne s'arrête pas à la mort de ce dernier, mais elle les accompagne dans les mains de ses successeurs universels, qui continuent sa personne.

64. — La doctrine hésite à attribuer la personnalité juridique à la succession. En faveur de cette thèse, on peut cependant invoquer des arguments sérieux qui ont été signalés par M. THALLER (1).

Ainsi, l'article 802 du Code civil déclare que l'héritier ne confondra pas ses biens personnels avec ceux de la succession et conservera contre elle le droit de réclamer le paiement de ses créances.

D'autre part, la faillite d'un commerçant peut être prononcée après son décès, lorsqu'il est mort en état de cessation de paiement (2). En pareil cas, ce n'est pas l'héritier bénéficiaire qui est en faillite, c'est la succession qui la subit.

Ces résultats, remarque M. THALLER, ne pourraient pas se produire, si la succession ne figurait pas, en face de l'héritier, un être vivant ayant son autonomie.

« Dès lors, conclut-il, si dans l'ensemble de cette succession, se trouvait inventorié l'ensemble d'un fonds de commerce, on ne voit pas bien ce qui empêcherait, non pas l'héritier, mais l'hérédité d'administrer ce fonds selon la destination que lui avait donnée le défunt, à poursuivre l'exploitation comme le *de cujus* l'avait fait de son vivant. »

Quant aux tiers, ils conservent la garantie d'une responsabilité illimitée, mais seulement sur le patrimoine de la

1. *Annales de droit commercial*, 1894.

2. Art. 437, C. Caen ; L. 4 mars 1889, art. 2, al. 2 sur la liquidation judiciaire.

personne commerçante, c'est-à-dire, de la succession. Les dettes sociales ne peuvent pas plus envahir le patrimoine du mineur, que le passif d'un commerçant ne saurait envahir le patrimoine de son voisin.

Même en admettant cette survie de la succession investie d'une sorte de personnalité morale, une autre question se pose.

Faut-il considérer les actes d'exploitation faits par les représentants du mineur comme des actes vraiment conservatoires ? Ne pourrait-on pas soutenir, au contraire, qu'ils valent actes d'héritiers ? Il en résulterait pour un héritier majeur, déchéance du bénéfice d'inventaire, tandis que leur sanction, en ce qui concerne le mineur, serait simplement la nullité. Dès lors, comment la société pourrait-elle continuer à fonctionner sous cette menace ?

Ce raisonnement, d'après THALLER, serait inexact. Les actes d'exploitation n'équivalent pas à des actes d'héritiers quand ils concourent à l'accomplissement des formalités ordinaires et normales impliquées par le fonctionnement de la société. Ils peuvent être rapprochés de ceux qui consistent à toucher le loyer d'immeubles affermés, ou même de renouveler un bail après son expiration.

Il y a toutefois, une autre catégorie d'objections, plus graves, à première vue, qui s'élèvent contre l'idée de personnalité de la succession. Écoutons parler M. THALLER.

« N'est-ce pas fausser l'esprit du bénéfice d'inventaire mesure transitoire d'administration, pour arriver à une réalisation et à une clôture de comptes prochaine dans l'intérêt des créanciers menaçants et d'un héritier timoré que de le faire servir ainsi à une gestion durable, destinée à durer jusqu'à la majorité et au delà, en dehors de tout embarras d'affaires, de toute réclamation de créancier. »

En ce qui concerne le majeur, le dédoublement des patrimoines ne se comprend plus dès que le taux véritable du passif et de l'actif sont connus, mais on ne peut demander à un mineur de prendre qualité dans les mêmes conditions puisque le bénéfice lui est imposé jusqu'à sa majorité, même

quand il n'y aurait point apparence d'insolvabilité actuelle de la succession. A partir de cette époque, par exemple, on ne comprendrait plus que le mineur continuât à se placer sous la protection du bénéfice d'inventaire et même avant, si ayant atteint l'âge d'être commerçant, il se conduit comme tel.

C'est ce qu'exprime le Conseiller BABINET, dans son rapport à la Cour de cassation : si l'âge des mineurs leur permet de faire le commerce pour leur propre compte, et si leur volonté les conduit à participer directement aux opérations sociales, alors ils renonceront par le fait même au bénéfice d'inventaire, ils seront tenus sur tous leurs biens, exposés à la faillite. Ils n'auront pas besoin d'invoquer l'article 1868 du Code civil, mais tant qu'ils resteront dans les conditions de cette continuation, la société seule aura sa personnalité propre. Elle administrera ses biens comme biens sociaux, non comme biens de mineurs. Personne ne pourra se plaindre. Les associés qui ont voulu la continuation, les tiers qui conservent comme garantie le patrimoine entier de l'associé défunt, tous y trouveront leur compte.

D'autre part, les mineurs ne pourraient plus continuer la société prorogée dans les conditions qui résultent de l'article 1868, dès que le terme fixé par le pacte social pour la dissolution de la société serait arrivé. C'est une conséquence de cette idée que la continuation est une charge de la succession, dont l'exécution ne dépend pas de la volonté du mineur ; elle est commandée par celle du défunt.

En résumé, lorsque le mineur recueille des parts de société en nom collectif, il administre au nom de l'hérédité par l'entremise de ses représentants légaux et dans la fiction que l'associé prédécédé vit encore.

65.— 2^o Nous arrivons à la seconde objection de M. LYON-CAEN, contre le système de la jurisprudence. Même si l'on admet la personnalité de la succession et le prolongement

1. Cass., 2 mars 1885, précité.

de la situation créée par le bénéfice d'inventaire, grâce à laquelle le mineur ne court aucun risque sur ses biens personnels, ne faut-il pas reconnaître que la société prorogée a changé de nature ? Ne se forme t-il pas au moment du décès deux catégories d'associés : les uns, tenus sur tous leurs biens et d'une façon illimitée, et les autres, dont la responsabilité se trouve restreinte à l'actif successoral ? L'équilibre est modifié tant vis-à-vis des tiers qu'entre les associés ; les proportions établies par le pacte primitif sont brisées.

Les tiers, nous venons de le voir, conservent en garantie de leurs droits le patrimoine du défunt, mais les associés doivent partager les bénéfices de l'entreprise avec les mineurs, comme si l'on pouvait voir en ces derniers de véritables associés. Nous répondrons que cet inconvénient a dû être envisagé par les parties lorsqu'elles ont stipulé la clause de continuation. Il ne tenait qu'à elles de le supprimer en décidant que la société serait prorogée avec les héritiers même mineurs, mais que dans ce dernier cas, elle changerait de nature, qu'elle se transformerait alors en société en commandite. Les associés ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes s'ils ont voulu encourir le risque d'une continuation pure et simple.

L'idée de personnalité de la succession, si elle explique la responsabilité limitée du mineur, empêche au surplus de prétendre que la nature de la société a changé, puisque le défunt est censé se survivre à lui-même et qu'il continue à répondre sur son patrimoine, non confondu avec les biens personnels du mineur, des obligations contractées par la société.

66. — III. — EN RÉSUMÉ. — La Cour de cassation admet donc aujourd'hui sans réserve que la clause recevra effet nonobstant la minorité des héritiers, et sans que l'acte de société ait donné expressément vocation éventuelle au mineur ; elle devra d'ailleurs être invoquée aussi bien pour que contre ce dernier.

Les raisonnements qui ont permis d'arriver à ce résultat sont logiques, ingénieux, mais un peu factices. En réalité,

nous nous trouvons en présence, comme l'écrit M. PIC, d'une jurisprudence prétorienne, inspirée par des raisons pratiques et économiques puissantes. La dissolution prématurée de la société pourrait provoquer la ruine de l'entreprise, ou tout au moins susciter de graves embarras, surtout si les associés, sur la foi de la stipulation de continuation, avaient escompté que leur société ne serait pas dissoute avant l'arrivée du terme fixé par les statuts. La prohibition pure et simple de continuer la société avec les héritiers, présenterait dans ce cas moins d'inconvénients qu'une autorisation rendue incertaine et même dangereuse par l'éventualité de la minorité des héritiers.

67. — IV. — CONTINUATION TACITE AVEC LES MINEURS. —

Nous venons de voir que l'effet d'une stipulation expresse de continuation devait s'étendre aux héritiers mineurs du défunt.

Ces derniers pourront-ils également entrer dans la société prorogée en vertu d'une convention tacite de continuation ?

Pour résoudre cette question, une distinction doit être faite selon que la continuation tacite des affaires sociales, à la mort du *de cujus* a sa cause dans le contrat de société ou qu'elle résulte simplement d'un acte de volonté des associés survivants.

68. — A. — Nous commencerons par examiner la situation des héritiers mineurs dans le premier cas.

En doctrine, comme en jurisprudence, l'opinion dominante admet qu'une clause expresse de continuation de la société avec les héritiers n'est pas indispensable. Il appartient aux tribunaux de décider par une interprétation rationnelle de la volonté des parties si, dans chaque espèce, la mort d'un associé entraînera ou non la dissolution de la société. Mais cette solution concerne l'hypothèse où les héritiers sont majeurs ; il semble, au contraire, que s'il y a des mineurs parmi les héritiers, une clause expresse devienne nécessaire.

Il nous faut signaler, en cette matière, une longue évolu-

tion de la jurisprudence. Un arrêt du 10 novembre 1847 (1) exige que la stipulation de continuation soit expresse lorsqu'il existe des mineurs parmi les héritiers. On peut également signaler dans le même sens un autre arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 1870. Cette solution se trouve encore nettement exprimée dans l'arrêt du 2 mars 1885 qui décidait que les héritiers mineurs peuvent entrer dans la société prorogée en vertu d'une clause expresse. Il prend bien soin de réserver le cas où la continuation de la société aurait lieu tacitement.

« Attendu que la constatation de l'état de minorité dans lequel se trouvent les représentants de l'associé décédé au moment du décès de leur auteur peut avoir son intérêt lorsqu'en l'absence totale de toute stipulation de la nature de celle que prescrit l'article 1868, les tribunaux sont appelés à suppléer, par l'appréciation des faits et des circonstances, une stipulation formelle de continuation de société avec les héritiers en cas de mort de l'un des associés.

« Que dans cette hypothèse, la circonstance que les héritiers mineurs se trouvaient ou non en raison de leur âge dans les conditions prescrites par l'article 2 du Code de commerce pouvait avoir son influence sur la question de savoir si les tribunaux ont ou n'ont pas le pouvoir de suppléer par l'appréciation des faits ou des circonstances à la disposition non stipulée de continuation.

« Que dans ce cas, si les héritiers mineurs étaient âgés de 18 ans accomplis, il conviendrait peut-être d'examiner s'il y a lieu d'accorder aux tribunaux le pouvoir dont s'agit, pouvoir qui, dans le cas contraire devrait leur être refusé, les mineurs ne pouvant pas, au moins quand ils se trouvent en dehors des conditions exigées par l'article 2 du Code de commerce et dans l'absence d'une stipulation formelle faite par leur auteur être engagés dans les suites et les conséquences d'une société commerciale à laquelle ils n'ont pris et ne pouvaient prendre aucune part à raison de leur incapacité. »

1. Cass., 10 nov. 1847. S. 48.1.5 ; Cass., 10 janv. 870. S. 70.1.157.

L'arrêt de 1906 (1) annoté par M. HÉMARD, se prononce en un sens tout à fait différent.

Lorsque la continuation d'une entreprise après la mort d'un associé résulte implicitement de la nature de la société, du but ou de l'objet poursuivi, elle entraîne dans ses conséquences les héritiers mineurs aussi bien que les héritiers majeurs.

Nous avons vu, en effet, qu'elle avait été nécessairement envisagée par les parties au moment où elles ont constitué leur société. Sa continuation apparaît donc ainsi comme résultant d'un engagement, d'une charge d'origine contractuelle que doivent supporter tous héritiers acceptant la succession. Les parties s'étaient tacitement engagées à poursuivre en conscience les affaires sociales jusqu'à l'arrivée du terme prévu pour l'extinction de la société, terme qui avait été fixé d'après la nature de la société et l'objet qu'elle se proposait et qui avait été calculé pour rendre matériellement possible la réalisation des opérations projetées.

D'ailleurs, il est logique d'imposer aux mineurs la continuation tacite de la société lorsqu'elle dérive du pacte social lui-même. En pareil cas, n'équivaut-elle pas à une clause expresse, par le caractère de nécessité qu'elle présente ? Les associés n'ont pas pu vouloir que la mort de l'un d'eux mît fin à leur société, étant donnée la nature de celle-ci. Il est aussi impossible de se méprendre sur leur intention que s'il existait une stipulation formelle. Or, la stipulation formelle de continuation, d'après une jurisprudence unanime, doit recevoir application même en présence d'héritiers mineurs.

69. — Quant aux conditions de la continuation, elles sont les mêmes pour le mineur, qu'elle s'opère ou non en vertu d'une clause expresse. Ses effets n'atteignent l'incapable que jusqu'à concurrence de l'actif successoral et non sur ses biens personnels, grâce au bénéfice d'inventaire. Il ne devient pas commerçant, à moins, bien entendu, qu'il n'ait été autorisé

à faire le commerce dans les conditions que nous avons déjà signalées. « Néanmoins, écrit M. HÉMARD, il n'est pas un simple bailleur de fonds, il reste un associé avec cette considération spéciale, qu'il est tenu dans la mesure de son émolument successoral. » Il appartient alors au tuteur d'exercer les droits d'associé de son pupille. L'incapacité où se trouve l'héritier de gérer personnellement les affaires sociales, ne présente d'ailleurs aucun inconvénient sérieux, car les sociétés dont la nature implique la continuation en dehors d'une clause expresse, n'exigent pas, en général, de leurs membres une étroite coopération. C'est pourquoi la mort de l'un d'eux ne compromet pas la réussite de l'entreprise commune, en privant la société d'un rouage essentiel.

Bien que de telles sociétés n'attachent qu'une importance secondaire aux considérations de personnes, il faudrait nommer un autre gérant si l'auteur du mineur avait cette qualité dans la société prorogée, car le tuteur, nous l'avons vu, ne saurait remplacer son pupille dans les opérations de la gérance.

Evidemment, la continuation de la société n'est pas sans danger pour le mineur qui ne peut contrôler la gestion des affaires sociales, ni exercer d'influence sur elle que par l'intermédiaire de son tuteur. Il se trouve à la merci de coassociés maladroits ou peu scrupuleux.

A cette objection, il suffira de répondre que le défunt avait prévu une telle situation en entrant dans une société dont il a dû savoir que la continuation était possible puisqu'elle s'imposait.

D'ailleurs, la société ne peut régulièrement fonctionner avec les héritiers mineurs que dans les conditions d'existence du pacte social primitif. « Par suite, écrit M. HOUPIŒ, le mineur émancipé ou le mineur ne pourrait ni apporter aux statuts de modification, qui par leur gravité entraîneraient virtuellement la dissolution de la société et la création d'une société nouvelle, ni proroger la société existante ». La prorogation, il est vrai, n'entraîne pas la création d'une société nouvelle mais, en fait, elle produit des effets équivalents et implique

une convention nouvelle nécessitant le consentement et la capacité des associés.

Des mineurs qui ne seraient pas en âge d'exercer le commerce en observant les formalités prescrites par l'article 2 du Code de commerce, ne pourraient donc pas décider valablement une telle continuation et la société serait continuée de fait.

70. — B) C'est la seconde hypothèse que nous avons à étudier. La continuation de fait vaut-elle contre les héritiers mineurs ?

Elle n'est pas l'œuvre du défunt, car elle n'a pas sa cause dans le contrat de société, mais dans une convention postérieure à la mort de l'associé prédécédé, intervenue par suite, à un moment où la société était déjà dissoute. On ne peut donc pas voir en elle une charge nécessaire de la succession, ni une conséquence de la qualité d'héritier d'un associé prédécédé. Il en résulte que la continuation de fait ne peut pas être opposée aux héritiers mineurs. « Décider le contraire, dit M. HÉMARD, serait admettre que la simple inaction du tuteur pourrait faire déclarer le mineur responsable des suites de la société. »

On doit faire cependant ici une réserve : il serait possible d'envisager une convention d'indivision entre les associés survivants et les héritiers mineurs représentés par leur tuteur. Elle permettrait d'attendre la majorité des héritiers, mais au moins à l'égard du mineur, ce ne serait plus la société qui fonctionnerait et l'indivision serait pour lui une simple situation d'attente.

L'arrêt précité de la Chambre des requêtes du 23 octobre 1906 s'appliquait justement à une espèce dans laquelle les associés survivants avaient passé une convention d'indivision, mais elle n'offrait aucune utilité car la continuation des affaires sociales avec les héritiers mineurs résultait nécessairement de la nature de la société envisagée, ainsi que de l'objet poursuivi.

En dehors de l'hypothèse d'une convention d'indivision,

il a été cependant décidé par un arrêt de la Chambre des requêtes du 3 février 1914 (1) qu'une société commerciale de fait peut valablement exister entre les héritiers mineurs, lorsque c'est par l'effet d'un jugement rabbinique que ses héritiers mineurs ont été substitués à leur auteur, sans avoir besoin de faire acte de volonté, ni de remplir les conditions imposées pour l'exercice personnel du commerce.

Cette solution semble exceptionnelle. Dans les cas où les tribunaux admettent la continuation de fait, ils ne manquent pas d'observer que la société est continuée avec des héritiers majeurs et maîtres de leurs droits.

« Il est de jurisprudence, peut-on lire dans un jugement du Tribunal civil d'Avesnes du 24 décembre 1882 ; infirmé par un arrêt de la Cour de Douai du 9 mai 1883 (2), qu'une société ne peut continuer qu'en vertu d'un accord tacite entre les héritiers de l'associé prédécédé, que si tous les « héritiers sont majeurs et maîtres de leurs droits ».

D'après la jurisprudence, la continuation de fait d'une société, postérieurement à sa dissolution, n'est donc pas possible avec les héritiers mineurs.

Bien que ces deux situations puissent être rapprochées, il ne faut pas confondre la continuation de fait avec les héritiers mineurs et la participation obligatoire de ceux-ci aux conséquences des opérations commencées au moment du décès de leur auteur ; c'est ici l'hypothèse déjà signalée d'une société qui se survit pour les besoins de sa liquidation.

Enfin, si le gérant avait engagé la société dans quelques affaires nouvelles, sans tenir compte du fait de la dissolution, ces opérations seraient opposables par les tiers qui auraient ignoré le décès, aux héritiers du prédécédé, même mineurs. En effet, le mineur avait un tuteur qui pouvait empêcher l'action du gérant mandataire, les tiers avaient, au contraire, une juste cause d'ignorance qui ne leur permettait pas de s'en

1. S. Bull. somm. 1914.1.50.

2. J. S. 1.883.553. Comp. civ., 10 janv. 1870 ; Req. 24 déc. 1877 ; 16 janv. 1884 ; Bastia, 19 déc. 1904. I. t. C. 1907, 700.

défier (1) et l'intérêt des tiers apparaît ici préférable à celui du mineur.

En vertu des principes du droit commun, ce dernier aurait seulement la ressource d'intenter une action en dommages-intérêts contre le gérant dont les actes lui auraient porté préjudice, à condition, bien entendu, que le gérant ait été de mauvaise foi.

En résumé, lorsque la continuation de la société prorogée ne se trouve pas expressément stipulée dans les statuts, elle ne vaudra pas contre les mineurs s'il est impossible de la rattacher au pacte social, et de la considérer, par suite, comme une charge de la succession du prédécédé, voulue par lui, opposable en conséquence à tous ses héritiers, tant majeurs que mineurs, qu'ils acceptent la succession, purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire.

La continuation de fait n'est jamais nécessaire, car elle est sans lien juridique avec la société dissoute dont elle assure la prorogation irrégulière ; parce qu'elle est volontaire, elle ne s'impose nullement.

71.— V.— CONCLUSION.— La question de savoir si un héritier mineur peut remplacer son auteur dans une société de personnes expressément ou tacitement prorogée, a donc soulevé les plus grandes difficultés. Malgré l'opposition d'une partie de la doctrine, la jurisprudence les a résolues en imaginant une théorie très ingénieuse qui lui a permis de donner satisfaction aux intérêts généraux du commerce et de l'industrie. Les tribunaux se sont inspirés des nécessités de la vie économique, et si la solution qu'ils ont adoptée est parfois dangereuse pour le mineur, puisqu'il répond sur toute une fraction de son patrimoine d'obligations qu'il n'a pas contractées personnellement, c'est que l'intérêt du mineur a dû céder ici devant l'intérêt général, qui lui paraît préférable. Il se peut, d'ailleurs, à l'inverse, que la continuation de la société soit très souvent une source d'avantages pour le mineur.

1. TROPLONG.

Quoi qu'il en soit, il y a là une question insuffisamment tranchée par nos textes et qui appelle une réforme législative, bien que la jurisprudence se soit efforcée de combler les lacunes de notre législation, à ce sujet.

Les mineurs sont incomplètement protégés par le bénéfice d'inventaire qui ne met à l'abri d'une continuation des affaires sociales que leurs biens personnels.

Il faudrait décider, selon M. HÉMARD, qu'en cas de continuation d'une société avec les héritiers mineurs, ceux-ci deviendraient de simples bailleurs de fonds, des commanditaires, du jour même du décès de leur auteur.

Une telle clause est d'ailleurs très répandue dans les contrats de société. Elle tend à devenir de style, et il suffirait qu'elle fût sanctionnée par l'intervention du législateur (1).

III. — L'interdit

72. — I. — L'interdit légal ou judiciaire qui est incapable de faire le commerce, ne peut donc pas contracter de société où sa responsabilité serait engagée sans limites. Il lui faudrait, pour cela, emprunter la capacité de son tuteur, et le commerce ne peut être exercé par procuration légale.

Cette solution s'applique également au prodigue et au faible d'esprit pourvus d'un conseil judiciaire ; une autorisation générale de faire le commerce serait inopérante en ce qui concerne ces incapables, puisqu'ils devraient continuer à se faire autoriser pour tous les actes de nature à les engager et à compromettre leur patrimoine. Il est évident qu'en de pareilles conditions, un commerce ne saurait être exercé (2).

Une société comprenant des interdits, des aliénés internés, des prodigues ou faibles d'esprit est donc radicalement nulle.

Si, d'autre part, au cours de l'existence d'une société vala-

1. Comparer la situation analogue créée par la continuation de fait d'une société au profit de la femme survivante. Comparer Code commercial allemand, 139.

2. HÉMARD, *Nullités*, p. 142.

blement constituée, un associé vient à être frappé d'interdiction la société se trouve dissoute de plein droit, par application de l'article 1865-4^o du Code civil, à moins que dans les statuts, les associés n'écartent formellement cette cause de dissolution.

La loi ne fait d'ailleurs aucune différence entre la situation des diverses personnes qu'elle frappe d'incapacité absolue. Qu'il s'agisse du mineur de moins de dix-huit ans, de l'interdit ou du faible d'esprit, les mêmes règles sont applicables, et en particulier celles qui concernent l'entrée de ces incapables dans une société de personnes ou de capitaux (1). D'après l'article 509 du Code civil « l'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens, les lois sur la tutelle d'un mineur s'appliqueront à la tutelle d'un interdit ».

Par suite, en ce qui concerne l'interdit, il nous suffira de renvoyer aux solutions que nous avons indiquées à propos du mineur.

73. — II. — Ces considérations générales sur la capacité des interdits en matière de société étant posées, nous nous demanderons si l'héritier interdit peut bénéficier de la clause de continuation prévue par les statuts. La solution de cette question dépend de la portée que nous donnerons à la stipulation de l'article 1868.

L'article 1868 envisage deux causes de dissolution : l'interdiction, la mort d'un associé.

Faut-il interpréter la clause de continuation de manière assez large pour que, du cas de mort d'un associé, elle soit étendue à celui de son interdiction ou de l'interdiction de son héritier ?

Selon nous, une telle clause doit être interprétée restrictivement. Il faudrait une stipulation spéciale pour que l'interdiction d'un associé ou de son héritier soit écartée comme cause de dissolution. Elle serait d'ailleurs valable, bien que

1. Voir ci-dessus, p. 34.

la loi n'ait prévu dans l'article 1868 que la continuation après la mort d'un associé (1).

L'interdit pouvant entrer dans une société en qualité de commanditaire, profiterait de la clause de continuation s'il devait hériter d'un commanditaire, mais dans les autres cas, il ne pourrait pas en bénéficier, du moins en théorie, car pratiquement, nous admettrons une autre solution.

L'interdit hérite en effet, dans les mêmes conditions que l'héritier mineur. Il est protégé comme lui par les règles de l'acceptation bénéficiaire et les prescriptions de la loi du 27 février 1880. Il paraît donc logique de transposer à son sujet les raisonnements tenus par la jurisprudence à l'égard du mineur. Il y a bien l'objection tirée de l'article 1865-4^o rapproché de l'article 1868 qui vise seulement le cas de mort d'un associé, mais pour accorder au mineur le bénéfice de la clause de continuation, la jurisprudence n'a pas tenu compte d'un argument de texte très sérieux que lui opposait la doctrine de l'article 2 du Code de commerce. Il présentait cependant un caractère aussi formel que l'article 1868 du Code civil.

C'est d'ailleurs pour l'écarter qu'elle a imaginé des théories ingénieuses qui s'appliquent également à l'interdit. Ce sont en réalité des considérations d'intérêt général, qui ont imposé cette solution peu conforme aux textes.

Une autre raison nous fait hésiter pour reconnaître à l'interdit le droit de bénéficier de la clause de continuation : Étendre à l'interdit la solution admise par la jurisprudence en ce qui concerne le mineur, c'est faire dépendre du hasard l'application de l'article 1865-4^o.

Il se rattache cependant logiquement à la théorie construite par la jurisprudence pour justifier l'admission du mineur dans la société prorogée. La continuation est une charge de la succession que tout héritier doit supporter dans la mesure de ses droits successoraux. Accepte-t-il purement

1. En général, les clauses de continuation visent également l'interdiction de l'associé.

et simplement la succession, il continue la personne du défunt et devient responsable indéfiniment de toutes les dettes de ce dernier, en particulier de celles qui ont leur cause dans le contrat de société.

Par l'effet du bénéfice d'inventaire, au contraire, une sorte de survie de la succession est organisée, et la personnalité de l'héritier, qu'il soit majeur, mineur ou interdit, s'efface devant celle du défunt.

Tant que le rôle de l'héritier se trouvera réduit à celui de représentant de la succession, les causes de dissolution qui se produisent en sa personne, n'auront aucune influence sur la durée de la société. Il en sera ainsi tant que la continuation de la société pourra être rattachée à la volonté du défunt.

En contractant une telle société, chaque associé prend l'engagement de la continuer tant que le but en vue duquel elle a été formée ne sera pas atteint. Cet engagement constitue à la fois un droit et une charge, auxquels succèdent les héritiers, capables et incapables sans distinction.

Passivement, ils en supportent les conséquences, dans la mesure des droits qu'ils recueillent dans la succession, et jusqu'à concurrence des biens qui la constituent.

Par contre, la continuation de fait de la société est impossible avec des interdits. En effet, elle n'est pas une charge de la succession, et ne résulte pas de la qualité d'héritier de l'associé prédécédé.

En résumé, lorsque l'héritier se trouve en état d'interdiction ou de minorité à la mort de son auteur, la continuation de la société se heurte à de grandes objections. La théorie, adoptée par la jurisprudence, il est vrai, a permis de les écarter. Rappelons toutefois, qu'une réforme législative paraît nécessaire à de nombreux auteurs, qui voudraient introduire en droit français les solutions consacrées par le Code civil allemand (1).

Il a été soutenu, cependant, qu'elle n'était pas indispen-

1. Voir ci-dessus *Droit allemand*. III^e partie.

sable puisque la thèse des tribunaux permet de donner satisfaction aux besoins de la pratique.

Ce sont des objections imaginaires ou exagérées disait le Conseiller BABINET. C'est un respect excessif des types connus, peu excusable en matière commerciale où le progrès précède les lois qui ont dérouté des auteurs recommandables, ou dicté des réformes inutiles à quelques-uns qui n'hésitent pas à appliquer l'article 1868 à l'héritier mineur.

IV. — La Femme mariée

74. — I. — La femme autorisée à faire le commerce doit obtenir, pour pouvoir entrer en société, une autorisation spéciale de son mari.

Cette autorisation peut d'ailleurs être tacite. Supposons en effet qu'avant son mariage, la femme ait fait partie d'une société de capitaux, même en qualité d'administrateur. Il suffira que son mari lui laisse exercer librement ses fonctions pour que ce fait constitue une autorisation tacite.

La femme mariée qui hérite d'un associé, en vertu de l'article 1868, peut-elle profiter de la clause de continuation, à supposer que son régime matrimonial le lui permette ?

L'affirmative n'est pas douteuse si la femme s'est mariée sous le régime de la séparation de biens qui lui donne le droit d'administrer sa fortune. Commanditaire, elle n'aura aucune autorisation à demander à son mari puisque sa responsabilité ne sera pas engagée au delà de son apport. Associée en nom, par contre, elle devra obtenir la double autorisation d'exercer le commerce et d'entrer en société, car sa qualité d'associée entraîne pour la femme une responsabilité illimitée, que ne permettent pas les simples pouvoirs d'administration qu'elle tient de son contrat de mariage. Le mari devrait intervenir pour tout acte de nature à engager le patrimoine de sa femme, ce qui rendrait impossible les opérations de la société.

75. — Sous les autres régimes, c'est le mari qui administre, en tant que chef de la communauté, la part sociale échue à la femme.

Au cas de communauté réduite aux acquêts, un seul des époux est associé, en l'espèce : la femme, qui recueille à titre de propre, aux termes de son contrat de mariage, la part sociale dont elle hérite.

A moins qu'elle n'ait été habilitée par autorisation de son mari ou de justice, la femme ne pourra pas remplir son rôle d'associée, c'est le mari qui tiendra effectivement ce rôle en tant qu'administrateur des propres.

Telle, est du moins, la solution qu'il faut donner, lorsque l'associé prédécédé était un commanditaire, mais elle serait inexacte si la femme se trouvait appelée à remplacer un associé en nom ou un commandité. Dans ce cas, en effet, la règle, que le commerce ne s'exerce pas par procureur, s'opposerait à ce que le mari représente sa femme dans la société prorogée.

D'autre part, s'il s'agit d'une société civile, les décisions prises par les associés, étant de nature à compromettre tout leur patrimoine, il sera bon qu'en dehors des actes ordinaires d'administration, le mari demande la signature de sa femme, afin que cette dernière ne puisse contester les aliénations faites par son mari.

Une autorisation générale donnée par la femme à son mari, ne constituerait pas une atteinte au principe de l'autorité maritale, puisqu'elle serait restreinte aux opérations de la société.

76. — Supposons maintenant que les époux s'étant mariés sous le régime dotal, la dot comprenne les meubles à venir. Le mari administre la part dotale dans les mêmes conditions qu'il administre un propre sous le régime de communauté réduite aux acquêts, ou sous les régimes exclusifs de communauté. L'attribution à la femme d'une part d'associé en nom ou de commandité, soulève par suite, dans tous les cas, les mêmes difficultés, qui doivent être résolues d'une façon identique.

La femme ne pourrait bénéficier de la clause de continuation qu'à la condition d'obtenir de son mari l'autorisation de faire le commerce et d'entrer en société.

Toutefois, la théorie construite par la jurisprudence à l'occasion de l'héritier mineur appelé à recueillir la part d'un associé en nom, peut également s'appliquer à la femme mariée. Tant que le terme fixé par les statuts pour la dissolution de la société ne sera pas arrivé, le mari administrera la part sociale échue à sa femme dans les mêmes conditions que le ferait un tuteur pour la part dévolue à son pupille. Il suffira que la succession de l'associé prédécédé soit acceptée sous bénéfice d'inventaire. Cette solution devra d'ailleurs être admise dans le cas où la continuation tacite de la société équivaut à celle qui se produirait en vertu d'une clause expresse.

77. — Sous le régime de communauté pure et simple, en vertu duquel tombent en communauté tous les meubles présents et futurs, la part sociale héritée par la femme est commune même si elle porte sur des immeubles. A la dissolution de la communauté, elle sera partagée en valeur entre les époux ou leurs ayants droit, selon les proportions prévues par le contrat de mariage, à supposer qu'il en existe un. Mais, pendant la durée de la communauté, c'est le mari qui sera seul associé en nom, et qui fera tous les actes d'administration et de disposition attachés à cette qualité, ces actes l'engageant sur tout son patrimoine.

Il ne faut pas voir, en effet, dans cette hypothèse, un cas de société entre époux prohibée par la loi. La jurisprudence ne considère pas comme telles les sociétés contractées entre deux époux et des tiers, quand l'apport des deux époux consiste en un bien de communauté. En pareil cas, le mari seul est associé, et l'intervention de la femme dans l'acte de société, doit être interprétée en ce sens qu'elle renonce à son hypothèque légale sur les immeubles sociaux (1).

Certains arrêts de jurisprudence semblent cependant con-

1. Trib. civ. Seine, 18 fév. 1895 ; 19 juillet 1882 sous req., 6 fév. 1888. S. 90.149 ; Amiens, 8 juillet 1889.

tredire cette solution qui fait du mari le seul associé quand l'apport consiste en un bien de communauté. La question de savoir qui est associé en cette hypothèse, présente un intérêt puissant quant à la liquidation de la communauté et pour décider en quelle personne se produiront les causes de dissolution de la société pendant la durée de celle-ci. Les tribunaux ont parfois considéré les deux conjoints comme une seule partie stipulant solidairement au nom de la communauté existant entre eux. Les époux ne sont pas associés même si la femme est intervenue dans l'acte constitutif. C'est la communauté qui est associée à un tiers (1). Les bénéfices résultant de l'association tombent en communauté, et la mort de l'un des époux ne produit pas la dissolution de la société.

Il résulte de cette conception que la femme remplace son mari dans la société après la mort de celui-ci, à charge par elle de rembourser aux héritiers le montant de leurs droits dans la société (2). Toutefois, dans une clause dont les effets sont analogues à la situation que nous étudions, clause qui décide que le survivant des époux restera propriétaire de la part de son conjoint, à charge de rembourser aux héritiers, le montant de leurs droits dans la société, M. HOUPIN voit une cession ou vente prohibée par l'article 1595 du Code civil (3).

Quoi qu'il en soit, dans cette opinion, la communauté seule serait associée. Mais cette solution est à rejeter, car elle revient à donner à la communauté la personnalité morale, ce

1. Requête, 12 mai 1874. S. 74.1.427 ; Trib. com. S. 24 fév. 1876. *J. T. C.*, 1876, 239 ; Trib. com. Dijon, 10 juil. 1883. *R. S.*, 1883, 626 ; Paris, 24 janv. 1885, sous Req., 6 fév. 1888. S. 90.1.49 ; Trib. civ. Seine, 6 mars 1891, cité par HOUPIN, *J. S.*, 1894, 87 et suivants reprod. dans *Répertoire de l'Enregistrement*, 1891, n° 7640, p. 469 ; *id.* du 18 fév. 1896. *J. S.* 1897, 437 ; AUER, *Droit comm.*, 1899, 16 ; comp. Amiens, 8 juil. 1899. *J. S.*, 1900, 212 ; Trib. comm. Seine, 19 déc. 1903, *P. F.* 1905.2.158. *J. S.*, 1907, 208 ; LABBÉ, note sous req., 6 fév. 1888. S. 90.149 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, note sous Nancy, 9 fév. 1901 ; Req. S. 1901.232 et suivants ; HOUPIN, note *J. S.*, 1897, 126.

2. Trib. comm. Dijon, 10 juillet 1883 ; Trib. civ. Seine, 6 mars 1839 et 18 fév. 1896, précités *J. S.*, 1894, 29.

3. *J. S.*, 1894, 85.

qui est impossible puisqu'on la lui refuse partout ailleurs. Lorsque des biens de communauté sont apportés, il faudrait décider, comme le font d'autres arrêts, que le mari seul est associé. Les époux ne seraient associés à titre personnel et distinct, que si chacun d'eux faisait un apport personnel. Tandis que le mari pourrait apporter des biens communs, la femme devrait apporter « des biens propres » sous le régime de la communauté (pour la propriété, quand elle s'est réservée l'administration et la jouissance de certains biens par contrat de mariage, sinon pour la nue-propriété), tous ses biens, sous le régime de séparation de biens (sous réserve de la quotité des revenus à verser au mari pour la contribution aux charges du mariage prévue par les articles 1537 et 1575 du Code civil) sous le régime dotal, ses paraphernaux. Sous tous les régimes, les époux peuvent apporter leur industrie (1).

78. — Au cas où la femme s'est mariée sous le régime de communauté pure et simple, ce n'est donc pas elle qui devrait profiter de la clause de continuation, mais son mari, s'il pouvait être considéré comme un héritier aux termes de l'article 1868. Or, il ne faut voir en lui qu'un ayant cause de la femme, étant donné le régime matrimonial que les époux ont adopté. Par suite, si la clause de survie prévoyait seulement la continuation de la société avec les héritiers, et non avec leurs ayants droit, elle ne devrait pas recevoir effet dans ce cas.

Il est vrai qu'il faut distinguer le droit de continuer la société, des biens sociaux sur lesquels il s'exerce ; ces derniers devenant la propriété de la communauté, il n'en est pas de de même du titre d'associé qui est attaché à la personne de l'héritier, en l'espèce à la femme.

Toutefois, une autorisation générale donnée à la femme par son mari, d'exercer le commerce et d'entrer dans la société prorogée, équivaldrait à lui donner le droit d'engager les biens de la communauté, qui aurait, en somme, le rôle d'un croupier. C'est une solution qui ne nous paraît pas admissible.

1. HÉMARD, *Nullités*, p. 119.

Nous verrons plus loin que la continuation de la société étant une charge de la succession, il en résulte que tout héritier acceptant prend l'engagement de continuer la société.

Cette obligation tombe en communauté avec les autres droits et charges composant le patrimoine du défunt.

Il importe donc que la société soit continuée. Or, sa continuation, étant donné le régime matrimonial des époux se heurte aux plus graves objections.

Le moyen pratique de vaincre ces difficultés, consiste à accepter la succession de l'associé prédécédé sous bénéfice d'inventaire, ce qui place la femme héritière dans la même situation que le mineur ou l'interdit. Elle fera exercer ses droits d'associée par son mari administrateur légal.

79. — D'autre part, dans l'hypothèse où la continuation de la société est stipulée au nom de la femme expressément désignée, cette stipulation ne pourra pas profiter à son mari puisqu'elle lui est essentiellement personnelle. Cette remarque trouve son application, au cas où la femme s'est mariée après la constitution de la société dont elle est appelée à faire partie. Si elle s'est mariée avant cette constitution, et qu'elle ait été désignée postérieurement à son mariage comme bénéficiaire de la clause, dans ce cas, par une large interprétation, on pourrait être tenté de soutenir que la stipulation devrait produire effet en la personne du mari. Mais il nous semble plus rationnel de décider que la clause sera inopérante à l'égard de la femme et de son mari. Elle n'aurait d'effet que si la part héritée par la femme était destinée par application du contrat de mariage à devenir dotale ou bien propre d'un régime, avec ou sans communauté.

80. — II. — Dans les cas que nous venons d'envisager, la femme, par l'effet d'une clause de continuation, entrait en qualité d'héritière dans une société dont son mari ne faisait pas partie.

Il se peut qu'elle succède à un coassocié de son mari. Dans

ce cas, pourra-t-elle profiter de la clause de continuation prévue par les statuts ?

Nous nous trouvons en présence d'une société entre époux, et d'après la jurisprudence, les sociétés entre époux sont nulles, d'une nullité absolue et d'ordre public, étant donné leur caractère illicite.

Aucun texte n'établit expressément cette prohibition fondamentale que la jurisprudence fait reposer sur des principes généraux de notre droit.

Elle s'inspire de la nécessité de sauvegarder l'autorité maritale qui pourrait être mise en échec si la femme était associée dans la même société que son mari.

Elle a voulu, d'autre part, assurer le respect de l'immutabilité des conventions matrimoniales, établie par l'article 1395 du Code civil.

Elle prétend, enfin, que les sociétés entre époux seraient en contradiction avec tout un ensemble de textes du Code civil (articles 1388, 1395, 1443, 1449, 1536, 1840) et du Code de commerce article 5.

Il résulte des motifs qui ont fait décider la nullité des sociétés entre époux que certaines de ces sociétés seraient cependant valables. Il est certain que des époux peuvent être actionnaires ou commanditaires d'une même société. Bien qu'en pareil cas ils soient associés, il n'existe pas d'opposition d'intérêts entre eux puisqu'ils réalisent un simple placement de fonds. Une difficulté que nous n'avons pas à résoudre ici, pourrait s'élever lorsqu'il s'agit d'une société en commandite, au sujet des actions de numéraire et des actions d'apport. Il serait à craindre, en effet, au moment de la constitution de la société, que les époux ne faussent l'évaluation des actions d'apport, bien que l'obligation de procéder à une vérification des apports en assemblée générale, enlève de la valeur à cette objection. De toutes façons, elle ne nous intéresse pas dans notre hypothèse, où l'époux héritier entre dans une société qui fonctionne déjà.

Le problème de la validité des sociétés entre époux se pose pour la société en commandite, quand le mari et la femme sont

commandités, ou quand l'un étant commandité, l'autre est commanditaire.

D'ailleurs, ce qui est interdit aux époux, c'est de former entre eux une société. Mais le mari non associé, peut être gérant dans une société où sa femme est associée. Il n'est alors qu'un simple mandataire, et le mandat est permis entre époux (1).

Le principe de la nullité des sociétés entre époux, s'applique dans toute sa rigueur aux sociétés civiles, en nom collectif, aux sociétés à responsabilité limitée ou en participation.

Pour la jurisprudence qui ne tient pas compte du régime matrimonial des époux, toute société de ce genre est nulle, qu'elle soit antérieure, concomitante ou postérieure au mariage, elle est présumée avoir été constituée en fraude des dispositions impératives de la loi, dans un but illicite. Et cette présomption a le caractère d'une présomption irréfragable. C'est uniquement en leur qualité d'époux que les époux sont déclarés incapables de contracter ensemble une société, aussi bien le mari que la femme. D'après un arrêt de la Cour de Nîmes du 18 décembre 1886 (2), l'état de mariage serait incompatible avec tout autre association entre époux que celle qui résulte de leur contrat de mariage.

81. — On a prétendu trouver un cas où la jurisprudence validerait la société entre époux. C'est celui que nous envisageons : l'un des conjoints a succédé à l'associé de l'autre conjoint par succession légitime ou testamentaire. En pratique, c'est le plus souvent un gendre associé avec le père de sa femme et des tiers, dans une société qui doit se survivre à la mort de l'un de ses membres, par l'effet d'une clause de continuation. Le père étant mort en laissant sa fille pour seule héritière, il en résulte que la société se continue entre époux et que, par suite, pour appliquer le système de la jurisprudence, elle devrait être considérée comme dissoute à partir

1. Cass., 10 mai 1908. S. et P. 1911.1.508. *Pand.*, 1911.1.508 et la note 23 janv. 1912, S. P. 1912.1.148. *Pand.*

2. Rapporté par HÉMARD, *Nullités*, p. 107.

du décès du père, bien que valablement formée à l'origine.

Ce n'est pourtant pas la solution qui a prévalu. En de pareilles circonstances, un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation (1) a déclaré valable la continuation de la société entre l'époux héritier, son conjoint associé et les tiers. Il semble admettre la validité des sociétés entre époux pourvu qu'elles comprennent des tiers à côté des époux. Ne seraient nulles, aux termes de cet arrêt, que les sociétés « existant uniquement entre époux », par exemple après que le tiers associé aurait cédé ses droits à l'un des conjoints. On pourrait donc conclure de cet arrêt que deux époux contractent une société valable avec des tiers, tant que dure la présence des tiers dans la société ; mais il a été rendu en matière fiscale, aussi ne faut-il lui attribuer qu'une portée limitée. Il contient, d'ailleurs, des solutions très discutables et même erronées.

82. — Le Tribunal d'Avesnes (2) dont le jugement est confirmé par l'arrêt de la Chambre civile, se base sur les raisons suivantes pour soutenir qu'une société valablement formée ne se dissout pas quand des époux deviennent associés.

1^o Il dit, d'abord, que le mariage n'est pas au nombre des causes de dissolution prévues par la loi, mais elle n'édicte pas non plus la nullité de la société contractée par les époux postérieurement à leur mariage. Cependant, la jurisprudence la proclame.

D'autre part, la réunion de toutes les parts sociales sur la même tête met fin à la société malgré le silence observé à cet égard par l'article 1865.

Il ne faut pas donner à cet article un caractère limitatif, il est dominé par les principes généraux que le législateur ne pouvait rappeler à propos de chaque contrat. Les causes de dissolution qu'il établit doivent être complétées par le droit commun, d'où on tire également les causes de nullité, or, la juris-

1. Civile, 24 fév. 1913. S. 1916.1.81 note de A. WAHL, D. 1913.1.141 (J. S. 1914, 441).

2. 6 juil. 1905, rapp. sous Civile, 1913.

prudence prétend qu'une société entre époux met en péril le double principe de l'autorité maritale et de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Dans l'espèce en question, l'immutabilité des conventions matrimoniales paraît sauvegardée, puisque la société a été contracté avant le mariage, tandis que l'article 1395 porte que les conventions matrimoniales ne pourront recevoir aucun changement après la célébration du mariage.

Par contre, l'autorité maritale est atteinte même dans les sociétés entre époux postérieures au mariage puisque la femme y joue un rôle actif incompatible avec son état de subordination.

2^o Le tribunal invoquait encore un autre argument. Une société dissoute doit être liquidée ; or, une société entre époux ne pourrait pas être liquidée du moment qu'elle possède des immeubles difficilement partageables en nature. Il faudrait, en effet, les liciter alors que l'article 1595 du Code civil prohibe la licitation entre époux. A cette objection, on peut répondre, comme l'a fait M. WAHL (1), que si l'article 1595 interdit la vente volontaire, il ne s'oppose pas à ce que l'un des époux se rende adjudicataire des biens de l'autre. C'est, du moins, l'opinion généralement admise en jurisprudence (2).

A supposer d'ailleurs que la licitation entre époux ne soit pas permise, il en résulterait seulement que les époux ne pourraient pas se porter adjudicataires. Remarquons, d'ailleurs, que ce sont les biens de la société et non ceux des époux qui seraient mis en adjudication, car une société se survit pour les besoins de sa liquidation (3). Rien n'empêcherait donc les conjoints de se porter adjudicataires.

Enfin, à supposer que toute liquidation soit absolument

1. Note sous Civ., 1913, cf. *supra*.

2. Rouen, 7 mars 1892. S. P. 1893.1.78 et la note *Pand. pér.* 1893.2.129 ; AUBRY et RAU, 5^e édition, t. 5, p. 37, § 35, note 19 *bis* ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Vente*, 3^e édit., v. n^o 202, voir cependant note sous Paris, 1895 (9 juil.). S. P. 1898.2.17.

3. Cass., 18 fév. 1903. S. P. 1904.1.191 et la note.

impossible pendant le mariage, on attendrait pour la réaliser que celui-ci ait pris fin, les biens non partageables restant indivis.

Mais il faut décider de toutes façons que la société sera dissoute, et ne pas faire produire, à l'entrée du conjoint dans la société, l'effet de suspendre la vie sociale pendant la durée du mariage. Seules, des circonstances exceptionnelles, comme la guerre, peuvent justifier la suspension des contrats. Dans les autres cas, il ne faut pas l'admettre, car elle est nuisible à l'intérêt des contractants et des tiers. La société, étant illicite, doit être annulée, mais on doit repousser la solution d'une dissolution temporaire ou d'une inactivité passagère.

3^o Enfin, le tribunal se fondait principalement, pour admettre la validité de la continuation, sur un argument qu'a soutenu également M. HOUPIN (1).

Il consiste à rapprocher le cas de l'époux héritier de celui du mineur. L'article 1865, nous le verrons, est basé sur la volonté présumée des parties, et sur le caractère personnel du contrat de société. Il déroge à l'article 1122, auquel revient l'article 1868 en décidant que les héritiers recueillent les droits et les obligations que représente une part d'associé. Les mineurs, en se trouvant substitués au défunt, sont soumis au droit commun, et l'ordre public n'est pas violé.

Il n'en serait pas de même si deux époux devenaient associés. La continuation n'est pas seulement un retour au droit commun, toujours licite. Elle contrevient également à des principes d'ordre public, et c'est pour cela qu'elle ne peut pas être admise, bien que la continuation, dans notre espèce, soit imposée par les circonstances et que la clause qui la prévoit ait été insérée dans les statuts sans qu'on puisse savoir si, par suite du décès d'un associé, deux époux se trouvent un jour faire partie de la société.

Le mineur, bien qu'incapable, est admis à continuer la société, mais on ne peut établir d'analogie entre son cas et celui des époux, car la minorité n'est qu'une incapacité entraînant

1. *J. S.*, 1909.97.105.

une nullité relative, tandis que la nullité des sociétés entre époux est frappée d'une nullité absolue d'ordre public.

Pour M. HOUPIN, la continuation constitue pour l'époux héritier, non seulement un droit dont il ne peut être dépouillé, mais aussi une charge de l'hérédité à laquelle, dès lors qu'il accepte la succession, il ne peut se soustraire. Mais c'est oublier qu'une charge illégale ou illicite est réputée non écrite. Or, la jurisprudence déclare illicites les sociétés entre époux (1).

83. — Dans notre espèce, la continuation ne devrait donc pas être permise. La jurisprudence devrait déclarer dissoute la société continuée entre époux, et faire remonter cette dissolution au jour du décès du père. Si aucune liquidation n'a lieu, on se trouve, en réalité, en face d'une société de fait entre époux.

C'est une solution rigoureuse mais logique. La jurisprudence, pour obvier aux inconvénients du système de nullités qu'elle a créé, s'est efforcée de valider certaines sociétés entre époux, mais elle n'a fait que dénaturer la convention des parties, et dans notre espèce, les principes généraux du droit, allant parfois jusqu'à donner à la communauté la personnalité morale, à renverser la présomption de l'article 5 du Code de commerce, qui fait de la femme la préposée de son mari, quand les époux exercent ensemble le même commerce; elle déclare que les sociétés entre époux sont nulles, d'une nullité absolue, tout en faisant produire à cette nullité les effets d'une nullité relative.

La jurisprudence serait plus logique en admettant, comme on l'a fait en Italie et en Allemagne, que les sociétés entre époux ou continuées entre époux sont valables en principe (2).

1. HÉMARD, *Nullités*, p. 115.

2. MANARA, *Delle Società et delle associazioni commerciali*, t. I, 452 et suivants p. 91. Il exige une autorisation du tribunal dès que la société crée une opposition d'intérêts entre les époux. V. RIVISTA, *Dir. comm.*, 1913, 705.

En Belgique et aux Etats-Unis, il semble, par contre, que la nullité de telles sociétés soit édictée par la jurisprudence (1).

En tous cas, en France, cette jurisprudence ancienne unanime qu'on peut considérer comme définitive est combattue par la doctrine récente. Nos mœurs actuelles ont atténué l'état de subordination de la femme dans le mariage, qui, d'ailleurs, n'est pas forcément modifié parce qu'une femme fait partie de la même société que son mari. De nombreux auteurs ne peuvent admettre que deux époux, de par leur qualité d'époux, deviennent incapables de constituer une société entre eux. Ils se refusent à ériger en présomption irréfragable, la présomption de fraude à la loi, et dans leur opinion, la société ne serait annulée que si elle tendait à attribuer à la femme une indépendance incompatible avec les droits du mari, ou si les époux avaient cherché à modifier d'une manière ou d'une autre les effets de leur régime matrimonial.

En résumé, la clause de continuation, d'après l'état actuel de la jurisprudence, ne produira pas d'effet si l'un des époux succède à un associé de son conjoint, mais elle serait appliquée si deux concubins se trouvaient faire partie de la même société, en héritant de l'associé de l'un d'eux. Il n'est pas possible d'admettre que le législateur ait voulu donner ainsi une prime au concubinage.

1. Cour de la Cité de Brooklyn, 1885. *J. D. I. P.*, 1886, 737 et autres références rapportées par M. HÉMARD, *Nullités*, p. 106.

DEUXIÈME PARTIE

La nature et les effets des clauses de continuation

CHAPITRE PREMIER

La clause de continuation dans le cadre des principes généraux

84. — L'article 1865 du Code civil qui énumère les différentes manières dont finit une société, indique parmi les causes de « dissolution, la mort naturelle(1) de quelqu'un des associés : 1865, la société finit...; par la mort naturelle de l'un des associés ».

A première vue, ce principe paraît en opposition avec les idées traditionnelles du droit français en matière successorale. Elles font voir, dans l'héritier, le continuateur de la personne du défunt. L'héritier est censé, par une fiction de la loi, prendre la place du défunt. Le patrimoine de ce dernier lui est transmis dans son universalité, tissu de droits actifs et passifs, entre lesquels il ne peut faire un choix, accepter les uns, par exemple, et repousser les autres.

C'est ce qu'exprime l'article 724 en matière de saisine, en disant que les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et obligations du défunt sous l'obligation d'ac-

1. Mort naturelle s'explique par opposition à la mort civile qui ne fut abolie qu'en 1854.

quitter les charges de la succession « qui pascitur sibi hereditarie, suo pacisci intelligitur ».

L'article 1122, de portée plus générale, contient aussi en puissance l'idée de continuation de la personne. Il établit une présomption aux termes de laquelle toute personne, en stipulant ou d'une manière générale en contractant, est présumée avoir pensé que dans l'éventualité de sa mort, ses héritiers prendraient la suite de ses droits et obligations. Derrière ce principe fondamental, il semble donc qu'à la mort d'un associé, les héritiers aient le droit et même l'obligation de prendre sa place dans la société.

Article 1122 : « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers ». Cet article établit cependant *in fine* une réserve importante à laquelle pourrait se rattacher l'article 1865. S'il est vrai qu'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers ayant cause du moins ne faut-il pas que le « contraire soit exprimé ou résulte de la nature de la convention ».

Il y a donc des conventions, qui, par leur nature, échappent à la présomption établie par l'article 1122 et, dans l'esprit du législateur, la société serait l'une d'elles. En promulguant l'article 1865, alinéa 3, il n'aurait fait que sanctionner une considération de bon sens.

85. — Peut-on dire avec certitude que la présomption de continuation de personne ne soit pas faite pour le contrat de société ?

La nature du contrat de société est-elle de finir par la mort des associés ? On peut le prétendre en se basant sur les précédents historiques et sur l'examen des raisons qui ont motivé la formation d'une société.

En se groupant, les associés se sont fait mutuellement confiance en raison de leur capacité, de leur moralité, de leur crédit. S'ils ont contracté, c'est en considération de la personne de chacun d'eux. La disparition d'un des leurs peut, dès lors, modifier gravement le pacte social et les relations qui en découlent. Il est possible que certains des associés n'aient accepté d'entrer dans la société qu'en raison de la présence

même de celui qui vient à mourir. C'est en lui qu'ils avaient plus spécialement placé leur confiance. Comment admettre, dans ces conditions là, que la collaboration puisse continuer d'une manière aussi confiante et efficace avec les héritiers des associés qui sont habituellement des inconnus et qui étaient même parfois des personnes incertaines, au sens juridique du mot, lors de la formation de la société.

Les aptitudes, le caractère de ces derniers sont ignorés des associés survivants.

Quant aux associés survivants, eux-mêmes, ils n'éprouvent peut-être nullement le besoin de voir continuer la société entre eux en raison de la disparition de celui qui était sans doute le véritable élément de cohésion entre leurs intérêts divergents (1).

Enfin, la mort de l'un des associés, enlevant au contrat un des éléments indispensables qui le composaient, brisant les proportions qui étaient établies, place les associés survivants dans une situation toute nouvelle qu'il n'est pas possible de leur imposer. On a pu convenir de s'associer pour un tiers ou pour un quart, sans que cette convention puisse être suffisante pour devenir associé dans une proportion différente selon que l'on fait entrer ou non parmi les associés, les héritiers du prédécédé (2).

Ce serait donc dans la nature même du contrat qu'il faudrait rechercher les causes de sa dissolution. Le contrat de société est consensuel. On ne peut pas entrer en société malgré soi. La bonne foi est la première base du contrat et la confiance mutuelle des associés dans leurs personnes respectives en est le véritable lien.

Cette notion amènerait tout naturellement et nécessairement à déduire que la mort d'un associé doit entraîner la dissolution de la société.

86.— Malgré l'abondance des raisons qui rendent séduisante cette opinion à première vue, et leur apparence de bon sens,

1. HÉMARD, S. 1908.1.178.

2. BÉDARRIDE, *Droit commercial*, t. II. *Des sociétés*.

nous n'admettrons pas que l'article 1865-3^o soit une conséquence inévitable du caractère personnel du contrat de société.

Remarquons, tout d'abord, qu'il existe une catégorie importante de sociétés pour laquelle la règle de dissolution à la mort d'un associé ne s'applique pas. Ce sont les sociétés de capitaux.

On a coutume d'opposer les sociétés de personnes, fondées sur la considération de la personne des associés et les sociétés de capitaux, où l'*intuitus personæ* a fait place à l'*intuitus pecuniæ* tandis que les premières, en raison de leur caractère personnel, sont dissoutes par la mort d'un associé, les autres ne sont pas atteintes par cette cause de dissolution qui ne saurait les concerner, puisque, par définition, elles sont uniquement basées sur l'apport des capitaux. La différence des règles auxquelles elles obéissent tiendrait donc uniquement à leur nature.

Il est cependant inexact de prétendre que la notion d'*intuitus personæ* soit absolument exclue des sociétés de capitaux. Comment soutenir, sans paradoxe, qu'une société même de capitaux puisse faire abstraction de la personnalité de ses membres ?

Toute société, en effet, est le groupement d'individus qui se sont rapprochés pour poursuivre un but en commun. C'est grâce à son crédit qu'une société de capitaux recrute ses actionnaires. Or, le crédit s'analyse lui-même en un acte de confiance. Faire crédit à quelqu'un, c'est croire en ses paroles, à ses capacités, à sa solvabilité. Le crédit est une sorte de fiction qui ne constitue aucune réalité tangible, et s'il repose sur des considérations d'ordre matériel, il s'appuie en réalité essentiellement sur des éléments psychologiques.

Les premiers ont trait à la possibilité de l'entreprise et à sa situation financière. L'élément psychologique est plus difficile à définir. Il est constitué par ces impondérables qui font et défont la réputation d'un homme, d'une maison. D'une manière générale, on peut dire qu'entre tant de sociétés qui lui promettent des gains importants le futur actionnaire choisit, pour lui apporter ses capitaux, celle qui lui inspire con-

fiance, tant en raison de l'objet poursuivi que de la personne de ses administrateurs.

C'est en la personne morale, au premier chef, que s'adresse sa confiance, mais la considération dont jouit la personne morale n'a-t-elle pas sa source dans l'estime qui s'attache à la personne de ses dirigeants ?

87. — Ainsi, la considération de la personne existe dans les sociétés de capitaux, surtout au moment de leur constitution. Il serait donc exagéré de dire qu'à leur formation préside seul l'*intuitus pecuniæ*. Seulement, dans les sociétés de capitaux, la notion d'*intuitus personæ* subit parfois une telle atténuation qu'elle paraît négligeable.

Ces deux types de sociétés qu'on oppose l'une à l'autre appartiennent, d'ailleurs, à des âges différents de la vie économique. Les sociétés de personnes civiles et commerciales, calquées sur les sociétés romaines, conviennent à des entreprises de moyenne importance. Elles ne réunissent qu'un petit nombre d'associés, même lorsque leur développement est considérable. Les associés sont responsables sur leur patrimoine des opérations sociales. Chaque associé prend une part active à l'administration des affaires sociales, tous se connaissent et se sont choisis pour des raisons particulières à chacun d'eux.

Un associé ne peut pas se substituer un tiers dans la société parce que les créanciers de la société ont eu confiance en la garantie personnelle de ceux qui leur étaient annoncés comme associés et non en celle d'une autre personne, à laquelle un associé jugerait bon de transmettre ses droits et obligations. La société de capitaux n'est pas construite de manière à asseoir son crédit sur la valeur des associés. C'est le capital versé par eux, et non la solvabilité personnelle de ceux-ci, qui a inspiré confiance aux tiers.

Les pouvoirs de la société, au lieu d'être confondus dans les mains de chaque associé, sont indépendants, et dans les mains d'un gouvernement central. Il en résulte que lorsque l'un d'eux vient à mourir, l'administration des affaires sociales

n'en souffre pas. D'ailleurs, les associés sont trop nombreux, en général, pour se connaître ; peu importe la disparition de l'un ou de l'autre.

Pourtant, il ne faut pas donner à ces observations un caractère trop absolu. La personnalité des associés dans la société de capitaux est toujours prise en considération dans une certaine mesure. En général, les sociétés par actions sont composées de nombreux actionnaires. Il existe pourtant des sociétés de ce type qui ne sont guère plus importantes par leurs capitaux et le nombre de leurs associés que des sociétés de personnes. Il est évident que pour ces sociétés, l'*intuitus personæ* continue à jouer un rôle primordial.

Enfin, de grandes sociétés de capitaux, sociétés de personnes à l'origine, qui veulent maintenir chez elles un certain esprit et les traditions qui, autrefois, on assuré leur prospérité, introduisent dans les statuts, une clause restrictive à la libre cession des actions.

En sens inverse, dans les sociétés de personnes, l'*intuitus personæ* n'atteint pas toujours son plein épanouissement ; ainsi le prouve la clause des statuts qui prévoit la libre cession des parts d'intérêt, sans que le cédant ait à obtenir de ses coassociés, le consentement à la cession projetée.

Il serait très intéressant d'étudier le développement de la notion de personnalité des associés dans chaque groupe de sociétés.

En théorie, on peut opposer d'une façon rigoureuse les sociétés de personnes aux sociétés de capitaux en disant que seules les premières se préoccupent de la personnalité de leurs membres, mais en pratique, en dehors même des sociétés mixtes, des liaisons insensibles existent d'une classe à l'autre. A l'intérieur de chaque classe, il y a des formations très variées qui s'éloignent de la société-type. Toute société jouit d'une grande faculté d'adaptation à ses besoins, aux conditions économiques, financières et fiscales, dont dépend sa prospérité. Il se peut même qu'elle change de forme au cours de son existence sans cesser pour cela de poursuivre le même but.

88. — Sous réserve de l'évolution subie par les sociétés de capitaux, quant à la notion d'*intuitus personæ*, on peut dire que cette notion relève de l'essence même du contrat de société et qu'elle se trouve dans tous les cas à sa base, même dans les sociétés où les capitaux jouent en apparence un rôle primordial.

Dans le fait que sociétés de personnes et sociétés de capitaux obéissent à des règles contraires en ce qui concerne la cession des parts et actions et leur transmission aux héritiers, il ne faut pas voir la conséquence nécessaire d'une différence de nature, mais une solution qu'imposent les circonstances pratiques et l'organisation particulière de chaque type de société.

On peut donc décider que l'article 1865, dans son troisième alinéa, ne cadre pas avec la dérogation énoncée au principe général posé par l'article 1122 ; « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers... à moins que le contraire ne résulte de la nature de la convention ».

L'article 1865-3^o n'est pas la conséquence inévitable de la nature du contrat de société qui ne s'oppose pas, au contraire, à la règle générale de continuation de la personne.

L'article 1122 *in fine*, vise d'autres conventions qui ont un caractère essentiellement personnel : prêt, mandat, louage de services. Elles n'ont pas subi l'évolution, qui peu à peu et dès le droit romain, a changé le caractère du contrat de société.

A l'origine, les circonstances économiques et sociales dans lesquelles il se développait, faisaient du contrat de société un contrat exclusivement personnel, comme l'étaient primitivement tous les contrats en droit romain où l'intransmissibilité des obligations fut longtemps de règle. A cause de ce caractère personnel, il était à présumer que les associés, à la mort de l'un d'eux, préféreraient ne pas continuer la société. La continuation, à partir de JUSTINIEN, fut d'ailleurs d'un usage courant, et l'interdiction des sociétés héréditaires tenait, nous l'avons vu, à d'autres causes qu'à la nature du contrat de société.

89. — La règle exprimée par l'article 1865 apparaît donc

comme une simple présomption de la volonté des associés, présomption qu'ils peuvent détruire par une manifestation de volonté contraire. Ils savent, en effet, mieux que personne, si la société peut comporter l'admission d'un inconnu dans leurs rangs, et s'ils stipulent que l'héritier prendra la place de son auteur, c'est qu'ils savent que leur société n'en souffrira pas. Il est même possible qu'ils connaissent l'héritier de l'associé; que cet héritier, du vivant de son auteur, prenne part aux opérations de la société; il n'y a, dès lors, rien de plus naturel que de le voir élever au rang d'associé, puisque c'est surtout l'intérêt privé des associés qui est en jeu.

L'article 1868 s'exprime ainsi : « S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuera avec son héritier ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies... »

Il est l'application particulière de cet autre principe de notre droit : « que la convention fait la loi des parties ». 1134. — Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Puisque la dissolution de la société, à la mort d'un associé, n'est pas de l'essence du contrat de société, la continuation entre les survivants serait possible en faisant jouer l'article 1134, sans qu'il soit besoin pour l'autoriser, d'une prescription spéciale comme celle qui est contenue dans l'article 1868.

Non seulement l'article 1868 tranche les controverses qui existaient dans l'ancien droit au sujet de la continuation de la société par les héritiers, mais il permet encore d'éviter les contestations futures entre associés, en obligeant ceux-ci, à l'avance, à s'entendre sur le fait de la continuation.

90. — En se plaçant au point de vue des tiers, on trouve à l'article 1868 une autre utilité. En protégeant leurs intérêts éventuels, il consolide le crédit de la société. Il y a là, en effet, une notion voisine de celle de l'*intuitus personæ*, en ce sens que les tiers appelés à traiter avec l'être moral « société » sont entraînés essentiellement par des considérations de personnes.

Les tiers font confiance à la société parce qu'elle comprend certains associés qu'ils connaissent et qu'ils ont pu apprécier, ou certains gérants ou administrateurs en lesquels ils ont particulièrement confiance.

Dès lors, on peut faire intervenir dans la disposition de l'article 1865, l'idée d'une protection des tiers qui ont bien voulu traiter avec les associés qu'ils connaissent, mais non se trouver engagés pour l'avenir avec les personnes inconnues d'eux, que sont les héritiers des prédécédés.

En exigeant une stipulation de continuation, l'article 1868 protège les tiers en les mettant au courant de l'intention des associés de faire survivre la société au profit de leurs héritiers. Ils en sont avertis, grâce aux règles relatives à la publicité prévue pour les diverses espèces de sociétés, tant pour les statuts que pour les clauses modificatives postérieures.

91. — En résumé, l'article 1868, en ce qu'il permet la continuation de la société par les héritiers du prédécédé, rejoint la règle générale exprimée par l'article 1122 : « on stipule pour soi et ses héritiers », et ses effets ne résultent pas d'une dérogation à l'article 1865, qui n'est qu'une simple présomption de caractère particulier.

M. HÉMARD pense, en effet, que la dissolution par décès n'est pas de l'essence du contrat de société et que c'est pour cette raison que les statuts peuvent stipuler qu'elle continuera malgré la mort des associés, soit entre les survivants, soit avec les héritiers du prédécédé. « Si les contractants, dit-il, ont consenti à s'adjoindre éventuellement leur successeur, les raisons qui justifient et ont fait établir l'article 1865 disparaissent ; au fond, il y a moins continuation de la société avec les héritiers qu'exclusion d'une clause de dissolution. »

Ajoutons, enfin, que plusieurs arrêts de jurisprudence se rangent à cette opinion (2).

Elle présente, d'ailleurs, un intérêt pratique. Si l'article

1. Note au S. 1908.1.178.

2. Cass., 8 mars 1842. S. 1842.2.337.

1868 est considéré comme une exception à la cause de dissolution prévue par l'article 1865, cet article exprimant lui-même une règle tenant à la nature du contrat de société, la clause qui permet la continuation avec les héritiers devra être interprétée restrictivement. Il en est autrement dans notre opinion qui voit dans l'article 1868 une application de l'article 1122 en ce qu'il établit la transmission héréditaire des obligations (1).

1. Cass., 10 nov. 1847. S. 1848.1.3.

CHAPITRE II

La nature juridique des clauses de continuations

92. — I. LA CONTINUATION EST UNE CHARGE DE LA SUCCESSION. — Nous avons étudié les conditions d'application de la clause, et nous avons cherché quels en étaient les bénéficiaires. Il nous faut maintenant déterminer sa nature qui diffère suivant les modalités qu'elle revêt.

Est-elle obligatoire ? La question se pose à l'égard des associés survivants et des héritiers continuateurs.

Pour les premiers, aucun doute ne peut exister. Ils ont adhéré, par avance, à cette clause statutaire en entrant dans la société, ils sont donc tenus de la respecter. C'est l'opinion unanime des auteurs et de la jurisprudence. DOMAT est peut-être le seul à l'avoir contestée.

Le caractère obligatoire de la clause de survie en ce qui concerne les héritiers continuateurs a soulevé, au contraire, de nombreuses discussions. Plusieurs stipulations sont en usage. Il se peut, en premier lieu, que la clause soit prévue pour tous les héritiers.

Nous avons vu qu'il est de règle dans notre droit qu'un héritier recueille dans la succession de son auteur l'ensemble des droits et obligations qui la composent. C'est le principe fondamental posé à la fin par les articles 1122 et 724 du Code civil. L'article 1865 établit une exception à cette règle en ce qui concerne le contrat de société. Etant donné que les associés se sont choisis pour des raisons personnelles d'estime et de confiance, il est à présumer qu'ils ont voulu que la mort

de l'un d'eux mette fin à la société. Mais, cette présomption, simple interprétation de la volonté des parties, n'a pas un caractère irréfragable, et l'article 1868 permet le retour au droit commun des articles 1122 et 724. Rappelons les termes de l'article 724. « Les héritiers sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession. »

La continuation de la société par les héritiers représente pour ceux-ci un ensemble de droits et d'obligations attachés à leur qualité d'associés, qui leur incombent au même titre que les autres droits et obligations composant la succession. Ils héritent de la même façon des uns et des autres, et ils ne peuvent profiter des droits actifs transmis par le défunt sans en supporter les charges. Il en résulte que les héritiers devront entrer dans la société du moment qu'ils acceptent la succession de leur auteur. Ils n'auraient le droit de refuser d'exécuter la clause que s'ils renonçaient à la succession.

Dans ce premier système, la clause de continuation apparaît donc comme une charge de la succession, charge obligatoire puisqu'elle est licite.

C'est celui que fait valoir la jurisprudence au sujet des héritiers mineurs et bénéficiaires. La Cour de Caen l'a adopté dans un arrêt du 10 novembre 1857 (1).

Cette solution est d'ailleurs généralement admise en doctrine. « Par le seul fait de leur acceptation, même bénéficiaire, écrit M. PIC, les héritiers entrent dans la société aux lieux et place de leur auteur ; il leur est désormais impossible, à moins d'une clause contraire des statuts, de décliner la qualité d'associé. »

L'associé bénéficiaire, lui-même, est donc soumis à la clause de continuation. Il est assujetti à toutes les charges successorales, sous réserve que son obligation sera limitée à la valeur de l'actif héréditaire (2). Au cas, cependant, où l'acceptation bénéficiaire serait due à l'insolvabilité de la succession

1. Caen, 10 nov. 1857. S. 59.3.31.

2. Riom, 31 mars 1884, p. 85.2.86 et cf. *supra*.

on se trouverait en présence d'un autre cas de dissolution : la déconfiture, et n'importe quel associé pourrait s'en prévaloir (1).

93. — Quelques auteurs, cependant, soutiennent une opinion différente. D'après M. PONT, la clause de survie ne serait pas obligatoire à l'égard des héritiers qui pourraient refuser de faire partie de la société tout en acceptant la succession, et pour motiver cette solution, M. PONT rapporte l'opinion de DOMAT :

« S'il avait été convenu entre les associés que la société serait continuée entre leurs héritiers, cette convention renfermerait la condition que les héritiers seraient agréés et qu'eux aussi agréeraient les autres, et elle n'aurait pas cet effet que les personnes qui ne pourraient s'assortir fussent contre leur gré liées en société.

Mais il est impossible d'admettre que les héritiers puissent répudier une charge de la succession. Il n'est pas question, en effet, d'un bénéfice auquel ils peuvent toujours renoncer, « l'acceptation peut être un avantage sur lequel ils sont en droit de compter, puisqu'il est stipulé dans l'acte de société ».

La thèse de DOMAT doit être écartée pour une autre raison. Il subordonne, en effet, la continuation de la société par les héritiers à l'acceptation des associés survivants, qui doivent, selon son expression, « s'assortir » aux héritiers. Or, depuis le Code civil, personne n'a soutenu que les associés liés par les termes de la clause de survie, aient le droit de repousser ceux des héritiers qui ne leur convenaient pas, même en leur remboursant le montant de leur part.

Réciproquement, l'héritier ne peut pas refuser d'entrer dans la société sous prétexte que les associés ne lui conviennent pas, tout cela, naturellement sous réserve de conventions contraires insérées dans les statuts.

La clause de continuation facultative, au profit de tous les

1. BAUDRY et WAHL, n° 399 ; ARTHUYS, t. 2, n° 227.

2. GUILLOUARD, op. précité.

héritiers, est en effet permise, qu'elle le soit ou non en même temps à l'égard des associés survivants.

Si les associés en stipulant la continuation de la société par les héritiers ont déclaré qu'elle serait facultative, il faut décider que les associés survivants ne pourront pas imposer à ces derniers l'entrée dans la société, même si la continuation présentait un intérêt pour eux. L'article 1134, en effet, proclame la liberté des conventions et les rend obligatoires pour ceux qui les ont faites. Il s'agit d'une clause licite dérivée de l'article 1868.

Le caractère facultatif de la clause est un avantage consenti aux héritiers du prédécédé par tous les associés. Cet avantage fait partie de la succession et se porte à son actif. Le droit des associés survivants est subordonné à l'option qu'exerceront les héritiers.

Pour prétendre que la clause de continuation n'est jamais obligatoire à l'égard des héritiers, M. PONT, en dehors de l'opinion de DOMAT, invoque une autre raison généralement signalée. Il cite un arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 1857 (1) dans lequel on lit le considérant suivant :

« Que cette stipulation à laquelle l'héritier n'avait point participé ne pouvait lui imposer aucune obligation et ne formait à son respect aucun lieu de droit. »

Mais il nous semble que c'est faire une fausse application de l'arrêt de 1857. Il ne vise pas, en effet, le cas où tous les héritiers indistinctement sont appelés à profiter de la clause, mais celui où l'associé prédécédé désigne spécialement un de ses héritiers pour le remplacer. Il est facile de s'en rendre compte en poursuivant la lecture de l'arrêt.

« Qu'il (l'héritier) ne pouvait d'ailleurs être tenu d'exécuter cette disposition expresse des statuts comme héritier de son père, parce que ce n'était pas en cette qualité qu'il devait remplacer son père de plein droit comme sociétaire, mais par suite d'une désignation spéciale qui ne devait profiter qu'à lui seul et non à la succession... son cohéritier ne devant point faire partie de la société. »

1. Précité.

C'est alors un cas de stipulation pour autrui, et le bénéficiaire de cette stipulation, en l'espèce l'héritier désigné, peut en accepter ou refuser le bénéfice, selon les règles qui gouvernent la stipulation pour autrui sans que sa décision ait de rapports avec ses prérogatives d'héritier. La faculté d'entrer dans la société lui est accordée à titre distinct de sa qualité d'héritier en vertu de laquelle il peut accepter la succession ou y renoncer. Si elle constitue une stipulation pour autrui, la clause de continuation n'est donc pas obligatoire pour l'héritier qui accepte la succession.

94. — Une autre théorie a été soutenue pour démontrer que la stipulation de l'art. 1868 présente un caractère facultatif à l'égard des héritiers.

Son auteur, M. BANOMYONG (1) commence par examiner la théorie couramment admise qui distingue entre le cas d'un seul héritier bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, et celui de tous les héritiers, pour lesquels la clause de survie apparaît comme une charge de la succession, charge obligatoire.

M. BANOMYONG prétend, au contraire, que dans l'un et l'autre cas, la clause de continuation devrait être facultative.

« Soutenir le caractère obligatoire de la clause en présence de plusieurs héritiers, dit-il, c'est confondre la succession et les héritiers eux-mêmes. » Il ajoute que cette confusion est due sans doute à l'article 1122 du Code civil. Or cet adage, selon lui, a été imaginé pour expliquer la transmission des droits et obligations du défunt à ses successeurs à titre universel, car les droits et obligations sont contractés au nom personnel du défunt (2).

Dans l'associé qui stipule au nom de ses héritiers, il voit un porte-fort contractant l'engagement de faire adhérer ses héritiers à la société. Ceux-ci peuvent se retrancher derrière la règle, « *nemo alium factum, promittere potest* ». On ne peut s'engager que pour soi-même, et il en conclut que la clause ne peut être obligatoire pour les héritiers car ils se

1. Thèse 1927.

2. Thèse 1927, p. 4.

trouvent dans la même situation que les bénéficiaires d'une stipulation pour autrui.

Cette théorie, d'autre part, permettrait d'éviter les difficultés qui s'élèvent au sujet des mineurs. Ils ne seraient pas liés par le caractère obligatoire de la clause, et les principes qui posent les règles de la capacité nécessaire pour exercer le commerce seraient respectés.

Quant à la succession, elle serait tenue de l'exécution de l'engagement pris par le porte-fort, et si les héritiers refusaient d'entrer dans la société, ils pourraient être éventuellement condamnés à payer des dommages-intérêts aux associés survivants qui étaient en droit de compter sur eux. Les héritiers ne seraient pas tenus d'exécuter la clause, mais ils ne devraient pas causer de dommage à la société par leur refus d'en faire partie.

95. — Nous pensons qu'il faut rejeter ce système, si séduisant qu'il paraisse à première vue. En effet, ce n'est pas confondre la succession et les héritiers eux-mêmes que d'appliquer l'article 1122. La part d'associé représente un ensemble de droits et d'obligations qui tombent comme n'importe quels autres droits dans le patrimoine du défunt. Il n'en serait autrement que s'ils étaient rattachés au caractère essentiellement personnel de la qualité d'associé, mais par hypothèse, le lien qui existe entre les associés n'est pas assez personnel pour entraîner une exception à l'article 1122, 1^{er} alinéa. En effet, contrairement à l'article 1865, la continuation de la société est prévue, et en faveur d'héritiers, le plus souvent indéterminés au moment de la formation du contrat.

En second lieu, on ne voit pas pourquoi on présumerait un engagement tel que celui du porte-fort, qui est de nature à grever lourdement la succession.

Il suppose, d'ailleurs, une promesse du fait d'autrui à laquelle il sert de sanction ? Cette promesse n'a pas besoin d'être exprimée en termes sacramentels, il n'est pas besoin, non plus, qu'elle soit formelle, mais elle doit résulter sans équivoque de la convention.

Or, au cas où la continuation de la société est prévue en faveur de tous les héritiers, cette convention a simplement pour effet de replacer le contrat de société sous l'empire de l'article 1122.

Il ne peut en être autrement que si les parties marquent nettement leur intention de suivre les règles de la promesse pour autrui.

Encore faut-il remarquer qu'une telle promesse n'entraînerait pas *ipso facto* obligation de porte-fort à la charge de l'associé promettant. La convention de porte-fort peut être sous-entendue et résulter des circonstances de chaque espèce. C'est ainsi que d'une façon unanime on reconnaît qu'elle se déduirait d'une clause pénale. Les juges admettent, d'ailleurs, très facilement, chez le promettant, l'existence d'une volonté tacite de se porter fort ; il n'est pas d'autre moyen de donner à la promesse du fait d'autrui une certaine efficacité et on ne peut présumer facilement que celui qui a promis le fait d'autrui ait entendu faire un acte inutile.

Toutefois, pour que cette question d'interprétation puisse être discutée, il faut qu'il y ait promesse pour autrui. Or, la stipulation de l'article 1868 paraît tout à fait étrangère à cette convention dont les effets ne sont pas ceux que recherchent les parties.

En effet, s'il s'agit d'une promesse pour autrui, les associés survivants seront libres de renoncer à en demander la ratification aux héritiers qu'elle concerne, et le promettant, c'est-à-dire l'associé défunt, représenté par sa succession, ne pourra exercer aucun recours contre cette décision.

La disposition de l'article 1868 présenterait donc un caractère facultatif à l'égard des associés survivants, ce qui serait logique si elle avait été prévue dans leur seul intérêt, mais elle l'a été également dans celui des héritiers. En réalité, la clause de survie pourrait aussi bien s'expliquer par la stipulation pour autrui que par la promesse du fait d'un tiers, car la faculté d'entrer dans la société, constitue autant un avantage qu'une source d'obligations. Il est donc arbitraire de décider que les effets de la convention sont ceux de la promesse du fait d'autrui.

L'interprétation que nous écartons, ne serait d'ailleurs pas favorable aux héritiers mineurs qui se trouveraient doublement désavantagés par rapport à leurs cohéritiers majeurs. Non seulement, leur incapacité empêcherait les mineurs d'être admis dans une société dont la continuation constitue peut-être un avantage, mais encore, ils pourraient être condamnés à payer des dommages-intérêts aux associés survivants, résultat paradoxal, qui est certainement contraire à l'intention des parties contractantes.

Il vaut donc mieux voir dans le cas où la société continue avec tous les héritiers un retour à la règle de l'article 1122 qu'une promesse pour autrui.

D'ailleurs, la convention de porte-fort est possible mais à la condition d'être prévue expressément, comme dérogeant au droit commun.

Ses caractéristiques seraient les suivantes :

- Adhésion facultative des héritiers à la société prorogée.
- Continuation de la société avec les héritiers facultative pour les associés survivants.
- Paiement d'une indemnité aux associés survivants par les héritiers qui refuseraient de ratifier la promesse de leur auteur.

96. — II. CLAUSES CONSTITUANT UNE STIPULATION POUR AUTRUI. — Mais quand y aura-t-il stipulation pour autrui en dehors du cas où un seul héritier est désigné ?

L'emploi du mot « stipuler, stipulation » ne nous permet pas de résoudre la question, car dans l'article 1868, il signifie convenir, décider. Il faut donc rechercher l'esprit de la convention. L'arrêt de 1857 nous offre un cas non douteux de stipulation pour autrui. L'associé prédécédé fait apparaître nettement son intention de mettre en dehors de sa succession le droit de continuer la société.

Rien n'empêche que la clause de survie produise les effets d'une stipulation pour autrui à l'égard de tous les héritiers (1).

1. Voir ci-dessous n° 99.

En général, le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui est unique. Mais, les parties peuvent convenir que tous leurs héritiers, pris individuellement, profiteront de la stipulation comme si chacun d'eux était spécialement désigné. Toutefois, la stipulation ne pourrait pas être faite pour la succession elle-même, car la succession n'est pas une personne morale, bien que certains raisonnements de jurisprudence et de doctrine au sujet de l'acceptation bénéficiaire soient de nature à lui en donner l'apparence.

Il est important de savoir si les héritiers pris dans leur ensemble continuent la société en tant qu'héritiers ou comme bénéficiaires d'une stipulation pour autrui. L'intérêt de cette distinction subsiste même au cas où il a été convenu que la continuation de la société serait facultative pour les héritiers. La stipulation pour autrui, en effet, obéit à des règles particulières qui tiennent à sa nature juridique.

« La stipulation pour autrui est une opération par laquelle deux personnes qui contractent ensemble, le stipulant et le promettant, font naître une créance au profit d'un tiers, appelé bénéficiaire. »

Plusieurs théories ont été proposées par la doctrine¹ pour expliquer que d'un contrat entre un stipulant et un promettant il puisse naître un droit pour un tiers. Le système de l'offre, celui de la gestion d'affaires et de l'engagement unilatéral arrivent bien à justifier les solutions de la jurisprudence, mais c'est en déformant les principes qu'ils invoquent et en supposant deux contrats, alors que « la stipulation pour autrui doit être envisagée comme une opération indépendante et unique ».

Seul, le système de la création directe du droit du tiers ne prête pas à ces critiques, comme par ailleurs, il répond à tous les besoins pratiques auxquels doit satisfaire la stipulation pour autrui, la jurisprudence semble l'invoquer de préférence aux autres et la doctrine s'y est ralliée, bien qu'elle se base encore parfois sur la théorie d'une gestion d'affaires élargie ou de l'engagement unilatéral.

« En consacrant toutes les solutions de ce système et même

en les développant, écrit M. HÉMARD, la loi du 13 juillet 1930 (art. 63 et suivants) l'a implicitement accepté à propos de la stipulation pour autrui résultant d'une assurance sur la vie contractée au profit d'un bénéficiaire (1). »

Si les associés ont assuré la continuation de la société avec les héritiers par le moyen d'une stipulation pour autrui, quels seront les effets de cette convention dans le système de la création directe du droit du tiers ?

Ils doivent s'étudier :

1^o dans les rapports du promettant et du bénéficiaire, en l'espèce, la société prorogée et les héritiers ;

2^o dans les rapports de la société et du stipulant ;

3^o et enfin, dans les rapports du stipulant et de ses héritiers.

97. — a) En ce qui concerne, tout d'abord, les rapports du promettant et du bénéficiaire, l'héritier acquiert par la stipulation faite en sa faveur un droit propre, immédiat et direct.

— *Un droit propre* : Il a action contre les associés survivants pour les obliger à l'admettre dans la société prorogée, et s'ils s'y refusaient, il pourrait leur réclamer des dommages-intérêts. Enfin, le bénéfice de la stipulation se transmet aux propres héritiers de l'héritier.

— *Un droit immédiat*, qui existe dès la stipulation sans intervention de l'héritier. « Il attend une acceptation, écrit M. HÉMARD, mais le tiers peut refuser de s'emparer du droit qui lui est acquis de telle sorte que son acceptation s'analyse en une renonciation au droit de renoncer. »

— *Un droit direct*, qui naît dans le patrimoine de l'héritier, et qui ne peut être contesté ni par les créanciers de l'associé stipulant, ni par le syndic de sa faillite lorsque la stipulation porte non seulement sur la transmission du titre d'associé, mais aussi sur la valeur de la part sociale transmise. Enfin, ce droit direct échappe à l'action des autres héritiers de l'associé stipulant.

Il n'a d'ailleurs été admis que progressivement par la jurisprudence. Après l'avoir écarté en 1878, la Cour de cassation l'a reconnu en 1884, mais seulement à l'encontre des créanciers du stipulant. Ce n'est qu'en 1888 qu'elle l'a rendu opposable à ses héritiers.

98. — C'est par son acceptation que l'héritier s'empare du bénéfice de la stipulation pour autrui et qu'il rend son droit irrévocable. Cette acceptation n'est subordonnée à aucune condition de temps ni de forme. Elle peut donc intervenir au moment de la convention, postérieurement à cette époque, pendant que l'associé stipulant vit encore, et après le décès de ce dernier. Mais, en général, le droit d'option de l'héritier doit alors être exercé dans un certain délai après la mort du stipulant.

L'acceptation peut, enfin, émaner des propres héritiers de de l'héritier désigné. L'acceptation de la stipulation pour autrui est le plus souvent constatée dans un acte sous seing privé, mais il est certain aujourd'hui qu'elle peut être tacite de la part du bénéficiaire et que pour l'établir, le Juge du fait dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation sur les faits et documents de la cause (1). C'est ainsi qu'elle résulte d'un contrat de mariage. En effet, on rencontre fréquemment dans les sociétés de personnes et même dans les sociétés mixtes comme les sociétés à responsabilité limitée du 7 mars 1925, une clause en vertu de laquelle, au décès de l'un quelconque des associés, sa veuve aura la faculté d'opter pour la continuation ou la dissolution de la société, à charge par elle d'en manifester la volonté dans un certain délai.

Dans l'espèce soumise à la Cour de Paris, 1^{re} Chambre (2) le stipulant associé s'était marié, et, postérieurement au contrat de mariage, il avait rédigé un testament aux termes duquel il léguait à une autre personne que le bénéficiaire, les droits mêmes qui avaient fait l'objet de la stipulation. Le

1. Cour de Paris, 3 janv. 1918. C. P. Table, 1912-1920 ; V. Assurances terrestres, n° 661. D. 1918.2.33.

2. Cour de Paris, 21 févr. 1930. G. P. 1930.1.180.

Tribunal de la Seine avait estimé que ce testament constituait une révocation tacite de la stipulation pour autrui contenue dans l'acte de société. La Cour de Paris, sur ce point, a justement infirmé le jugement, en raison de l'espèce qui lui était soumise. En effet, la stipulation avait été, antérieurement à la rédaction du testament, acceptée implicitement et tacitement par la femme, du fait de la signature par cette dernière du contrat de mariage qui contenait au profit du conjoint survivant une clause de conservation des droits que l'un des futurs époux pourrait avoir comme associé dans un établissement commercial, en tant que l'acte constitutif de la société le permettait.

Dans ces conditions, la Cour a estimé que le testament postérieur n'avait pu révoquer une stipulation, devenue définitive par la ratification implicite donnée par la femme lors de son contrat de mariage.

La jurisprudence admet donc que l'acceptation de la stipulation pour autrui peut être implicite.

99. — L'associé stipulant ne désigne pas toujours dans le contrat l'héritier bénéficiaire de la stipulation pour autrui. Il peut se réserver le droit de le faire connaître ultérieurement. Dans le système de la création directe du droit du tiers, ce dernier peut être une personne déterminée ou indéterminée, existante ou future.

Selon M. HÉMARD, « il ne convient pas plus d'exiger l'existence de la personne que celle de la volonté du bénéficiaire au temps du contrat. Il en résulte que la continuation de la société peut être prévue par une stipulation pour autrui qui s'appliquera à tous les héritiers du stipulant et non seulement à l'un d'entre eux spécialement désigné. »

Il a cependant été soutenu qu'une personne future ne pouvait pas bénéficier d'une stipulation pour autrui. Son droit naît, en effet, dès le jour du contrat, à un moment où, privée de personnalité et de capacité juridiques, elle ne peut en profiter. Cette opinion s'appuie, d'ailleurs, sur les articles 726 et 906 du Code civil, mais la loi du 13 juillet 1930 permet de n'en

pas tenir compte, car elle a consacré la pleine validité des assurances sur la vie contractées au profit des enfants ou descendants nés ou à naître et des héritiers de l'assuré (art. 63, al. 2).

La jurisprudence admet, d'autre part, qu'une stipulation faite au profit d'une personne indéterminée est valable lorsqu'au jour où elle doit produire effet, c'est-à-dire dans notre espèce lors du décès de l'un des associés promettants, le bénéficiaire (l'héritier) peut être précisé (1) (l'assurance pour le compte de qui il appartiendra).

100. — b) Les rapports entre les associés promettants et l'associé stipulant sont régis par les règles de la stipulation pour autrui, spécialement en ce qui concerne l'action en paiement de la clause pénale, s'il en avait été inséré une dans le contrat. Les héritiers du stipulant, qu'ils soient ou non bénéficiaires de la stipulation, ont action pour obliger les associés survivants à exécuter leur promesse ; en tant que représentants du défunt, ils peuvent leur réclamer des dommages-intérêts qui tomberont dans la masse successorale.

101. — c) Les rapports entre l'héritier bénéficiaire de la stipulation pour autrui et l'associé stipulant sont intéressants à considérer au point de vue du droit de révocation qui appartient à ce dernier. Il lui est personnel et ne saurait être exercé par ses autres héritiers ou ses créanciers.

La révocation peut être expresse ou tacite, résulter par exemple, d'un testament qui léguerait à une autre personne que le bénéficiaire les droits qui avaient fait l'objet de la stipulation (2). Il y aurait également révocation de la stipulation pour autrui si les associés promettants, d'un commun accord avec le stipulant, décidaient que la société à la mort de l'un d'eux serait dissoute, conformément à l'article 1865.

1. Trib. civ. de la Seine, 24 déc. 1928. *Gaz. du Pal.* 1929.1.361 et dans la même affaire : Cour d'appel de Paris, 1^{re} Chambre, 21 fév. 1930. *G. P.*, 18 avril 1930, sur la possibilité d'un bénéficiaire indéterminé au jour de la stipulation, voir encore Cass., 26 déc. 1927. *G. P.* 1928.1.428.

2. Cour d'appel de Paris, 21 fév. 1930, précité.

La stipulation d'un bénéficiaire au moment du contrat ne fait pas obstacle au droit de révocation de l'associé stipulant. Lorsque celui-ci, après avoir exercé son droit de révocation, ne nomme pas de nouveau bénéficiaire, à sa mort, le droit de continuer la société appartient à tous ses héritiers.

L'arrêt de 1857 nous offre un cas non douteux de stipulation pour autrui. L'associé prédécédé fait apparaître nettement son intention de mettre en dehors de sa succession le droit de continuer la société.

102. — En résumé, au cas où la clause de survie s'applique à tous les héritiers, trois cas sont à envisager en ce qui concerne son caractère obligatoire :

1^o Il est dit simplement dans l'acte de société que les héritiers continuent la société. La continuation est purement et simplement une charge de la succession.

2^o Tous les héritiers doivent profiter de la clause de survie, mais en tant que bénéficiaires d'une stipulation pour autrui.

En pareil cas, et par extension de l'arrêt de 1857, qui envisage l'hypothèse d'un bénéficiaire unique, l'entrée dans la société est absolument indépendante de l'acceptation de la succession.

3^o Les associés survivants et les héritiers peuvent à la fois se prévaloir du caractère facultatif de la clause. La convention s'analyse ainsi : les associés, s'ils le jugent à propos, peuvent proposer aux héritiers de continuer la société, et ceux-ci sont libres de déférer à cette invitation, ou de la décliner. A l'inverse de ce qui se passe dans le premier cas, ce sont les associés survivants qui ont le droit d'option pour la survie de la société. Le droit des associés est simplement conditionnel à la décision qu'ils prendront.

103. — III. CLAUSE DE TRIPLE OPTION. — En décidant que la société continuerait avec leurs héritiers, les associés insèrent parfois dans les statuts une clause, dite de triple option, très répandue dans la pratique, et qui est basée sur le caractère non impératif de l'article 1868 du Code civil.

Cette clause donne le droit aux associés survivants de prendre l'un des trois partis suivants :

Dissoudre et liquider la société ;

La continuer sans les héritiers du prédécédé ;

La continuer avec les héritiers du prédécédé.

La validité de la clause de triple option a été contestée sous ce prétexte qu'elle serait une obligation subordonnée à une condition purement potestative de la part des associés survivants.

L'article 1170 du Code civil définit, en effet, la condition potestative, celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher.

GUILLOUARD (1) soutient qu'on ne se trouve pas en présence d'une condition purement potestative au sens des articles 1170 et 1174 du Code civil. Ce que les rédacteurs du Code civil ont voulu prohiber, c'est l'obligation nulle pour défaut de lien, dans laquelle le débiteur ne peut devenir tel que par le seul effet de sa propre volonté.

POTHIER caractérisait ainsi l'obligation sous condition potestative :

« Il est contraire à l'essence de l'obligation qu'elle dépende de la pure et simple volonté de celui qu'on supposerait l'avoir contractée ...comme si je promettais de donner quelque chose à quelqu'un si cela me plaisait, *si voluero* »

Rappelons ici qu'avant d'être potestative, l'obligation est subordonnée à cette condition que l'un des associés mourra avant la fin de la société.

Or, ce décès, pourrait-on dire, ne dépend pas de la volonté des survivants. Mais un tel raisonnement est inexact, c'est au moment où le décès se produit qu'il convient d'apprécier la validité de l'obligation, puisqu'il donne seul à la volonté des associés survivants l'occasion de se manifester.

1. GUILLOUARD, n° 304 ; comparer sur la condition potestative en général AUBRY et RAU, IV, p. 302, p. 66 et 67 ; LAROMBIÈRE, *Des obligations*, t. I, art. 1174, n° 6 ; HOUFIN, n° 139 ; HUC, t. II, n° 117 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Droit civil, De la Société*, p. 257.

Faut-il dire avec GUILLICUARD qu'à ce moment la volonté des associés est dictée par des événements qui ne dépendent pas de leur volonté ? La clause devrait alors être déclarée valable, l'alternative qui est donnée aux parties ne supprimant pas le lien de droit, on ne pourrait parler d'obligation purement potestative. Aux termes d'un arrêt de la Cour de cassation, on se trouverait en présence d'une obligation alternative permise par l'article 1189 et subordonnée à une condition simplement casuelle (1).

Certains auteurs expliquent autrement la validité de la clause. Pour eux, la condition est en réalité, purement potestative, et l'on se trouve bien en présence de la condition *si voluero* (si cela me plaît), que la loi annule. « Répondre que la volonté des associés n'est pas libre, écrivent MM. BAUDRY-LACANTINERIE (2), qu'elle dépend des événements qui les amèneront à prendre l'un ou l'autre parti, c'est à notre avis, nier et le sens naturel des termes employés, car lorsqu'on dit que les associés sont libres de décider comme ils l'entendent, on donne une force absolue à leur caprice — et l'existence même de la condition potestative. Car, peut-on dire jamais que la condition *si voluero* laisse l'obligé entièrement libre et que sa décision ne doive pas lui être dictée par les circonstances. »

En réalité, concluent ces auteurs, il n'y a pas obligation; mais droit stipulé sous condition potestative, et c'est pourquoi la clause doit être validée, car la condition potestative de la part de celui qui s'oblige est la seule qu'interdise l'article 117.

Par la clause de triple option, les associés se sont simplement réservés le droit de continuer la société, à la mort de l'un d'eux, dans les conditions qui leur paraîtraient préférables.

C'est à cette dernière opinion que nous nous rangeons.

1. Req., 20 juin 1887. S. 90.1.515 ; *Pand. fr.* 1.246.

2. Req., 20 juin 1887. S. 90.1.515. *Pand. fr.* 87.1.246.

104. — IV. — Nous venons de parler des stipulations faites, soit au profit d'un seul, soit au profit de tous les héritiers. Il nous reste à étudier le cas où la clause de continuation est prévue en faveur du conjoint survivant. Ce dernier, nous l'avons vu, n'est, que dans un sens large un héritier aux termes de l'article 1868. Toutefois les dispositions qui le concernent ont des rapports étroits avec la succession du prédécédé, de sorte qu'il nous paraît indispensable de signaler les questions qu'elles soulèvent.

La clause est prévue, tantôt en faveur du conjoint et de la veuve, tantôt, en faveur de la veuve seule.

Dans le premier cas, si la clause est une charge de la succession, elle sera obligatoire pour les héritiers, qui devront entrer dans la société ou renoncer à leurs droits héréditaires. Quant à la veuve, tout dépend de la question à savoir si le conjoint survivant est un héritier aux termes de l'article 1868 du Code civil. Si c'est un héritier, la veuve devra entrer dans la société. Elle ne pourra échapper à cette obligation qu'en abandonnant le droit d'usufruit, de quotité variable, qu'elle possède sur la succession de son mari.

Si, comme nous le pensons, au contraire, le conjoint n'est pas un héritier, la clause de continuation aura toujours à son égard, la valeur d'une stipulation pour autrui, dont il pourra accepter ou refuser le bénéfice, sans que la décision qu'il prendra puisse modifier ses droits à l'usufruit de l'article 767 du Code civil. Il faut d'ailleurs voir dans cet usufruit une charge de la succession.

105. — Les remarques précédentes, s'appliquent aussi bien au mari survivant qu'à la veuve. Quand la clause est prévue en faveur de la veuve seule, il s'agit évidemment d'une stipulation pour autrui.

Le caractère obligatoire de la stipulation faite par le mari au profit de sa femme dépend du régime matrimonial que les époux ont adopté.

1° Les époux se sont mariés sous le régime de la communauté légale et le mari apporte dans la société des biens com-

muns. Puisqu'en tant que chef de la communauté, il peut aliéner ces biens, à plus forte raison a-t-il le droit de les grever d'une charge telle que la continuation de la société. Il éviterait ainsi, au moment de la dissolution de la communauté, une liquidation hâtive et inopportune, qui risquerait d'entraîner la ruine de la société prorogée.

En pareil cas, la femme commune en biens qui accepterait la communauté, serait obligée d'entrer dans la société au lieu et place de son mari (1), mais si elle renonçait à la communauté, la clause de continuation aurait seulement à son égard la valeur d'une stipulation pour autrui.

2^o Les époux ont adopté le régime dotal et l'apport du mari à la société est constitué par des biens dotaux de la femme. Le mari peut valablement stipuler la continuation avec la femme survivante. Une telle clause, n'excédant pas les pouvoirs d'administrateur qu'il possède sur les biens dotaux, elle présentera pour la veuve, un caractère obligatoire.

Il en serait de même sous le régime de séparation de biens dans l'hypothèse prévue par l'article 1577 du Code civil.

Remarquons, d'ailleurs, que dans les deux derniers cas, ce n'est pas le mari qui est associé, mais la femme. Il est donc normal que la mort du mari soit sans influence sur la durée de la société.

D'autre part, la stipulation de continuation, faite par la femme en faveur de son mari n'obligerait pas ce dernier, pour lequel elle vaudrait comme stipulation pour autrui.

106. — La clause de continuation de la société par le conjoint survivant, soulève plusieurs difficultés.

1^o On peut se demander, en premier-lieu, si elle n'est pas nulle comme étant contraire aux articles 1097-1099 du Code civil qui défendent aux époux de se faire des donations déguisées.

Nous pensons qu'il convient d'écarter cette objection.

1. Paris, 24 janv. 1885, sous req., fév. 1888. D. 88.1.90.

Une donation suppose, en effet, chez le donateur, l'intention de gratifier. Or, dans notre hypothèse, il est difficile de prévoir si, au moment du décès, le droit de faire partie de la société prorogée, constituera un avantage pour le conjoint survivant. La part de l'associé peut être nulle à cette date. C'est pourquoi la clause ne tombe pas sous le coup des articles précités (1). Il faut attendre la dissolution de la société pour savoir si le conjoint retire un profit de la stipulation faite en sa faveur. Alors, le cas échéant, et suivant les règles du droit commun, il y aura lieu à récompense à la succession du conjoint prédécédé.

107. — 2° La clause de continuation prévue en faveur du conjoint survivant ne sera, d'autre part, valable que si elle ne constitue pas une vente prohibée dans l'une de ses dispositions (art. 1595 du Code civil).

Dans certaines hypothèses, cette objection ne sera pas à craindre.

Par exemple, les époux étaient mariés sous le régime de la communauté de biens, et la part sociale était commune. Au cas où c'est l'époux non associé au contrat qui prédécède, aucune difficulté, la société continue, même en l'absence d'une clause de continuation. Le conjoint survivant devra seulement faire profiter les héritiers de la jouissance de la part sociale pour la moitié constitutive de leurs droits (2).

Mais si c'est l'époux associé qui meurt le premier, alors que les statuts stipulent la continuation avec le conjoint, celui-ci recueillera en tant que propriétaire de la communauté, la moitié de la part sociale, et l'effet de la stipulation s'étendra aussi sur l'autre moitié. Mais, pour cette moitié, diverses modalités sont à prévoir :

1° Le conjoint a légué à l'époux non associé les droits constitutifs de sa part. La stipulation parfaitement licite produit son effet.

1. Paris, 24 janv. 1885, précité.

2. THALLER.

3. HOUPIN, *J. S.*, 1894.89.

2° La question de la validité de la clause s'est, au contraire, posée dans les circonstances suivantes : la clause de continuation stipulait que l'époux survivant serait propriétaire de la part de son conjoint, à charge par lui de rembourser aux héritiers le montant de leurs droits dans la société. M. HOUPIN voyait, dans cette clause, une cession ou vente prohibée par l'article 1595 du Code civil.

La jurisprudence l'admet, cependant, au cas où deux conjoints stipulent solidairement au nom de la communauté existant entre eux. Grâce à la présence de la femme, la société n'est pas dissoute à la mort du mari (1). Dans cette hypothèse, si la femme rembourse aux héritiers le montant de leurs droits, il ne peut être question de cession prohibée. La femme est, en effet, coassociée du vivant de son mari et le droit des héritiers sur la part du mari est un simple droit de succession, sur ce qui leur revient dans la communauté.

Au contraire, dans la clause signalée par M. HOUPIN, la femme ne devient associée qu'après la mort de son mari, en vertu de la stipulation faite par lui (2).

C'est une question analogue qui se pose, lorsque les époux étant mariés sous le régime de la séparation de biens, la stipulation porte sur un propre du mari, en pleine propriété pour la quotité qui excède le droit d'usufruit de la femme, en nue-propriété pour cette quotité.

M. HOUPIN a, d'ailleurs, cessé de voir dans la clause de rachat une vente prohibée. « Nous estimons, dit-il, que l'on

1. Com. Dijon, 6 juillet 1888 ; Trib. civ. Seine, 6 mars 1891 et 18 fév. 1896.

2. De l'interdiction des ventes entre époux, il résulterait une conséquence intéressante au point de vue de l'interprétation de la clause prévue en faveur du conjoint survivant si elle devait être considérée comme une vente entre époux. Dans ce cas, si la clause portait que la société continuerait avec le conjoint survivant sans lui imposer aucune charge, les héritiers du conjoint associé, ne pourraient pas réclamer au survivant la valeur de la part de leur auteur. Ce serait supposer une vente entre époux qui entraînerait la dissolution de la société, contrairement à l'intention des associés.

ne saurait appliquer l'article 1595 à la cession conditionnelle et unilatérale contenue dans un acte de société et qui ne doit produire effet qu'après la mort du cédant. » Les véritables vendeurs sont, en effet, les héritiers, même si le prix de cession est fixé dans les statuts.

108. — 3^o Enfin, il nous reste à exposer une dernière difficulté : La clause de conservation et de rachat stipulée dans un contrat de mariage au profit du conjoint survivant (clause commerciale) (1) peut-elle être annulée comme constituant un pacte sur succession future ?

Question très importante si l'on pense que cette clause est en quelque sorte devenue de style dans tous les contrats de mariage. Elle a, en effet, une portée considérable au point de vue de l'avenir de la famille. Non seulement elle permet d'éviter une licitation mais surtout elle assure le maintien de la situation des enfants et du conjoint, ce dernier étant en général le collaborateur du prédécédé dans l'entreprise commerciale, agricole ou industrielle.

Jusqu'à ces dernières années, la validité de la clause commerciale n'avait pas été contestée, au contraire, les tribunaux en avaient à maintes reprises assuré l'exécution en homologuant des décisions dans lesquelles même des mineurs étaient intéressés. C'est le tribunal civil, puis la Cour de Rouen, qui en déclarèrent une première fois la nullité en 1921, solution qui fut adoptée par la suite par de nombreuses juridictions. Jusqu'à présent, la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer.

Les auteurs sont partagés sur cette question :

M. CAPITANT, dans une note sous l'arrêt de Rouen (2) a pris vigoureusement position contre la validité de la clause commerciale, à laquelle il trouve tous les caractères d'un

1. Sur la question voir thèse JOUCAT, déc. 1931; voir *Introduct. ch. I*, p. 7.

2. Rouen, 15 déc. 1922. D. P. 23.2.4 ; CAPITANT, *Rec. Dalloz* 1929. 2.105.

pacte sur succession future et depuis, il n'a jamais abandonné son opinion malgré les nombreuses objections qui lui ont été opposées par la majorité de la doctrine.

Toutefois, il convient de signaler une hypothèse où la validité de la clause ne fait aucun doute : c'est celle où les époux sont mariés sous le régime de la communauté de biens et que les droits sociaux sont communs, car elle constitue alors une de ces conventions de mariage et entre associés, autorisées par la loi (art. 1515, 1525 du Code civil).

Le problème ne se pose que si la part sociale à transmettre constitue un propre ou que les époux sont mariés sous un autre régime que celui de la communauté.

M. CAPITANT définit ainsi la nature juridique de la clause de conservation et de rachat : « Lorsqu'elle stipule le versement d'une somme égale à la valeur du fonds ou des droits prélevés par le survivant, écrit-il, la clause constitue une promesse de vente faite sous la condition de survie du conjoint. L'époux s'oblige contractuellement et irrévocablement à vendre ses droits sociaux à son conjoint si celui-ci lui survit, ou plus exactement, il impose à ses héritiers l'obligation de céder ses droits sociaux à son conjoint, si celui-ci manifeste son intention de les acheter. »

Cette clause, ainsi analysée constitue-t-elle un pacte sur succession future ? Cette question amène M. CAPITANT à déterminer le trait caractéristique du pacte sur succession future qui fait l'objet dans notre droit d'une prohibition longuement formulée dans divers articles du Code civil (art. 791, 1130, 1600, 1389).

En règle générale, il est interdit de faire une stipulation sur sa propre succession (art. 1130) qu'il s'agisse de libéralités — donations de biens à venir — ou de pactes à titre onéreux. On ne peut vendre, ni la succession d'une personne vivante, ni sa propre succession (art. 1600).

Cette prohibition subsiste au cas où la convention ne s'étend pas sur la totalité ou sur une quote-part de la succession, mais sur un bien déterminé.

Sont prohibées, les conventions par lesquelles une per-

sonne cède à une autre un droit, non sur ses biens actuels, mais sur sa succession.

C'est ainsi que si l'on analyse l'institution contractuelle qui est par excellence le type des pactes sur succession future, on voit qu'elle se caractérise de la manière suivante :

1^o Elle fait naître, du vivant du promettant, un droit conclu dans l'éventualité de sa mort, mais définitif et irrévocable.

2^o Ce droit existe, non contre le promettant, mais contre sa succession.

Ces traits distinctifs se retrouvent dans la clause de rachat prévue par le contrat de mariage. Seulement, le bénéficiaire du pacte, au lieu d'acquérir un droit successif, devient acheteur d'un bien de la succession. Or, d'après M. CAPITANT, ce serait une erreur de prétendre que le pacte successoral se caractérise par ce fait qu'il attribue au bénéficiaire un droit successif. Pour qu'il existe, il suffit que les deux conditions que nous avons signalées se trouvent réunies.

Elles répondent, d'ailleurs aux motifs qui ont fait prohiber le pacte successoral et qu'il faut voir, moins dans la crainte de susciter un dangereux *votum mortis* dans l'esprit du bénéficiaire, que dans la nécessité d'empêcher l'engagement définitif et irrévocable de tout ou partie des biens que le stipulant pourrait laisser à son décès.

La clause de rachat présente donc les mêmes caractères que l'institution contractuelle, mais ce n'en est pas une. L'époux qui fait le prélèvement prévu par les statuts agit en qualité d'acquéreur à titre onéreux.

Cette remarque est d'importance capitale car si l'institution contractuelle est un pacte sur succession future, elle peut intervenir valablement dans un contrat de mariage (art. 1082).

Or, c'est toujours une libéralité qui est faite par le moyen d'une institution contractuelle. M. CAPITANT démontre qu'il est impossible de voir une donation dans la clause qui impose au conjoint le remboursement aux héritiers d'une somme égale à la valeur des droits sociaux qu'il recueille. La libéra-

lité ne pourrait exister que s'il y avait une différence entre la valeur de la part transmise et la somme que le conjoint doit payer aux héritiers, différence qui se traduirait par l'appauvrissement de la succession et l'enrichissement corrélatif du conjoint.

La faculté de prélever le fonds de commerce ne constitue pas en elle-même une libéralité sous ce prétexte que le conjoint n'effectue le prélèvement que parce qu'il l'estime conforme à son intérêt.

« Il faudrait alors attribuer, écrit M. VIÉNOT, un caractère gratuit à tous les actes juridiques avantageux pour ceux qui les concluent et il n'est pas une seule promesse de vente qui ne pourrait, le cas échéant, assumer le caractère d'une libéralité, la conséquence juge le système (1). »

Puisque la clause présente tous les caractères d'un pacte sur succession future, et que par ailleurs elle ne rentre pas dans la catégorie des institutions contractuelles, elle est nulle de plein droit et son exécution volontaire par les parties ne peut en couvrir la nullité.

109. — La majorité de la doctrine combat la théorie de M. CAPITANT. M. GÉNY, en particulier, s'attache à défendre la validité de la clause commerciale.

En premier lieu, il tente de la faire rentrer dans le groupe des institutions contractuelles.

On peut considérer qu'elle constitue une libéralité en faveur du conjoint survivant ; elle serait alors comparable à un legs fait avec charges. Or, d'après la jurisprudence, les charges peuvent égaler et même excéder l'émolument du legs sans qu'il perde son caractère de libéralité.

Enfin, à supposer que par sa nature la clause soit un acte à titre onéreux, M. GÉNY s'attache à démontrer qu'elle ne constitue pas, par cela même, un pacte sur succession future.

Elle est, en réalité un avant-contrat. Il ne faut pas voir en

1. André VIÉNOT, *De la convention matrimoniale autorisant l'époux survivant à prélever les droits sociaux propres à l'autre époux*, J. S., 1829.

elle un véritable pacte car la propriété des droits sociaux n'est pas transmise au moment du contrat de mariage mais après le décès de l'époux associé, le survivant étant libre de renoncer à acquérir les droits sociaux.

Enfin, la clause serait un de ces pactes *post mortem* licites qu'il faut se garder de confondre avec les pactes sur successions futures. Si elle faisait partie de ces derniers, la clause serait un *pactum de succedendo* autrement dit un pacte par lequel, de son vivant, une personne dispose de sa propre succession.

Le trait distinctif de ce genre de pacte est le suivant : Le disposant envisage le droit dont il dispose, dans la personne de son cocontractant, comme un droit successif que celui-ci posséderait déjà ou que le disposant lui conférerait par rapport à sa propre succession.

Cette condition ne se trouve pas réalisée dans la clause commerciale puisqu'au moment du contrat de mariage, au moins dans la plupart des cas, le conjoint n'est pas l'héritier présomptif du disposant.

Il en résulte que le droit qui lui est conféré est bien successif en ce qu'il s'applique à une valeur de la succession, mais que ce caractère lui fait défaut d'un autre côté en ce que le bénéficiaire du pacte n'a pas la vocation successorale.

En résumé, on se trouve en présence d'un pacte *post mortem* dans lequel l'effet du contrat est reporté par l'un des contractants à l'époque de son décès.

Or, la mort peut faire l'objet d'une condition aussi valablement que n'importe quel autre événement. Le trait particulier de la convention consiste en ce que son exécution incombera non à celui qui l'a contractée mais à ses héritiers.

M. GÉNY (1) remarque aussi que la loi permet les pactes successoraux dans les contrats de mariage et il cherche à élargir la notion du pacte successoral en y rattachant l'assurance sur la vie au profit d'un tiers et l'article 1868.

1. GÉNY, *Semaine juridique*, 7 et 14 juin 1928 ; NAST, *D. H.*, 1929. Chron., p. 37.

Il discute enfin le fondement des pactes sur succession future, leur prohibition lui semble injustifiée au nom de la raison. « Aujourd'hui, écrit-il, elle est pour sa plus grande partie du moins presque universellement tenue pour désuète et rejetée ou étroitement limitée par les législations modernes les plus avancées. »

D'ailleurs ne peut-on reprocher à la jurisprudence un manque de logique ? En effet, si d'un côté, elle interprète largement l'interdiction des pactes sur succession future, de l'autre, elle renferme dans d'étroites limites la prohibition des substitutions fidéicommissaires. Ce sont pourtant les mêmes raisons politiques qui avaient déterminé en 1804 l'interdiction de ces deux institutions, à savoir la haine des inégalités aristocratiques de l'ancien régime en matière de succession (1).

110. — La clause de conservation et de rachat, présentant de grands avantages pratiques pour les enfants du défunt et le conjoint survivant, il n'est pas surprenant que la majorité des auteurs se soient efforcés d'en démontrer la validité tout à coup mise en jeu.

Le raisonnement de M. GÉNY a cependant été, à notre avis, justement critiqué sur certains points.

En premier lieu, le législateur ne permet dans le contrat de mariage que l'institution contractuelle et, sous le régime de communauté, les conventions entre associés (art. 1525) qui ont trait uniquement au partage des biens communs.

La jurisprudence prononcée la nullité de toutes les clauses qui ne sont pas formellement permises.

Quant à la stipulation de l'article 1868, M. CAPITANT fait très justement remarquer qu'elle est l'application pure et simple de la règle en vertu de laquelle on peut étendre à ses héritiers les liens d'un contrat que l'on fait pour soi-même.

En second lieu, il est difficile de faire rentrer la clause dans

1. HÉMARD, *Eléments de droit civil*, t. 3, p. 356,

la catégorie des institutions contractuelles, d'ailleurs, M. GÉNY ne l'a tenté qu'à titre subsidiaire.

S'il est vrai qu'un legs puisse être considéré comme renfermant une libéralité, alors même que les charges qui s'y trouvent attachées dépassent son émolument, il faut remarquer que la jurisprudence n'a jamais étendu cette conception à la matière des libéralités, même à cause de mort qui ne dérivent pas d'un testament, car elle se heurte à la notion de l'acte gratuit.

D'autre part, s'il y avait institution contractuelle, l'époux disposant ne pourrait plus aliéner à titre gratuit les objets compris dans l'institution.

Enfin, cette conception soulèverait certaines difficultés lors de la liquidation de la succession au cas où la valeur du fonds dépasserait la quotité disponible. Les héritiers réservataires seraient fondés à contester la validité de la clause en vertu de ce principe que la réserve doit être fournie en nature et non seulement en valeur.

Passons maintenant au cas où la clause est considérée par M. GÉNY comme un acte à titre onéreux.

La clause, soutient M. GÉNY, n'est qu'un avant-contrat. Or, on se trouve en présence d'un véritable contrat mais qui présente cette particularité d'être unilatéral, c'est-à-dire de ne créer d'obligation que pour une seule personne, par opposition au contrat synallagmatique dans lequel les deux contractants ont des obligations (1). Dans notre hypothèse l'accord des volontés se produit au moment du contrat de mariage.

En ce qui concerne l'assimilation de la clause à un pacte *post mortem* plusieurs remarques s'imposent. M. CAPITANT fait remarquer l'imprécision de cette expression qui ne se trouve nulle part dans la loi, elle prête à confusion et pourrait être appliquée à tous les pactes successoraux.

Le type du contrat *post mortem* est la promesse du débiteur de payer une somme à son décès, promesse qui ne fait qu'ajourner l'échéance, non l'existence de la créance.

1. VIÉNOT, voir ci-dessus p. 170, note 1.

La même remarque s'imposerait pour la promesse de vente qui devrait recevoir exécution à la mort du promettant.

Du vivant de celui-ci, le droit du bénéficiaire existe.

La preuve en est que si le bien qui fait l'objet de la promesse est vendu, des dommages-intérêts peuvent être réclamés par le bénéficiaire de la promesse à la succession du promettant. Au contraire, le droit du bénéficiaire du pacte sur succession future, en l'espèce, le conjoint survivant, ne prend naissance qu'à la mort du disposant.

L'argument qui est à retenir est celui qui rappelle que le bénéficiaire du pacte doit agir comme héritier présomptif du disposant et que ce dernier doit le considérer exclusivement en cette qualité. Le pacte équivaut par suite à un mode de règlement anticipé de la succession.

M. CAPITANT s'élève d'ailleurs contre cette conception du pacte sur succession future. Il cite à l'appui de son opinion un arrêt de la Cour de cassation. Il s'y agissait d'un bail : à la mort du bailleur, les héritiers de celui-ci devaient payer au preneur une certaine somme représentant la valeur des constructions élevées sur le terrain, convention qui fut annulée comme constituant un pacte sur succession future ; cependant le preneur n'était pas l'héritier présomptif du bailleur.

Toutefois, la plupart des auteurs adoptent en cette matière l'opinion de M. GÉNY. Elle revient à rendre très rare l'annulation de la clause commerciale, car le conjoint dans la plupart des cas n'est pas l'héritier présomptif du disposant au moment du contrat de mariage. Dans notre droit, le conjoint n'est pas un héritier. Il ne le devient que par l'effet d'une disposition testamentaire ou d'une institution contractuelle. C'est en général au bout de quelques années de mariage que les époux se font des libéralités ; mais si le conjoint devient héritier présomptif de l'époux associé postérieurement au contrat de mariage, cette situation ne saurait influencer sur la validité de la clause qui doit être appréciée au moment du contrat de mariage.

111. — En résumé, deux conditions doivent être réunies pour qu'on se trouve en face d'un pacte sur succession future et si l'une d'elles fait défaut en ce qui concerne la clause, cette dernière sera valable.

Il faut, en premier lieu que le pacte confère au bénéficiaire un droit éventuel subordonné à la mort du disposant, droit dont l'exécution sera assurée non par le disposant lui-même, mais par ses héritiers. Cette condition se trouve bien réalisée dans notre hypothèse.

Enfin, le bénéficiaire doit être considéré par le disposant en sa qualité d'héritier présomptif. Or, dans notre espèce, le conjoint n'a pas de vocation successorale.

Lorsque la clause de conservation de fonds de commerce est stipulée au profit du conjoint, dans un acte de société, sa validité ne fait aucun doute, car elle constitue une stipulation pour autrui révocable à laquelle l'époux bénéficiaire ne prend aucune part au moment où elle est faite (1).

C'est pourquoi, lorsque la clause de rachat est prévue, non en faveur du conjoint mais en faveur d'un héritier désigné qui doit rembourser à ses cohéritiers exclus la valeur de leur part dans les droits sociaux qu'il recueille, elle ne saurait être considérée comme un pacte sur succession future puisqu'elle est contenue dans une stipulation pour autrui.

112. — La jurisprudence, en matière de pacte sur succession future, s'est prononcée pendant quelques années dans le même sens que l'arrêt de la Cour de Rouen (2). Il faut cependant signaler un jugement du tribunal civil de la Seine du 4 juillet 1924 (3) qui admet formellement la validité de la clause de conservation du fonds de commerce.

Aux termes d'une doctrine et d'une jurisprudence constantes, expose cet arrêt, trois conditions doivent se trouver réunies pour qu'il y ait pacte sur succession future :

1. Voir en ce sens : CAPITANT, note au *Rec. Dal.* (1929.2.105).

2. T. civ. Rouen, 1921. Rouen, 15 déc. 1922. *D. P.* 1923.2.1.

3. T. civ. Seine, 4 juillet 1924. *D. H.* 1924., 611.

1^o Le pacte doit être fait en prévision de l'ouverture d'une succession, c'est-à-dire avoir pour but le règlement de cette succession.

2^o La chose objet du pacte, doit se trouver dans cette succession.

3^o Il faut, enfin, qu'elle soit considérée comme devant appartenir au bénéficiaire à titre successif.

Les derniers arrêts, intervenus en cette matière, semblent annoncer un revirement de la jurisprudence.

Un jugement du tribunal civil de la Seine de 1928 (1) déclare que la clause litigieuse constitue un pacte sur succession future : « Est nulle, comme dérogoire à l'ordre légal des successions et comme constituant un pacte sur succession future la clause d'un contrat de mariage dite de fonds commercial, industriel ou financier, aux termes de laquelle le survivant des époux aurait la faculté de conserver personnellement l'exploitation ou les droits sociaux dépendant de la succession du prédécédé sauf à tenir compte de sa valeur aux héritiers du prédécédé. »

Mais un arrêt de la Cour de Paris du 21 février 1930 (2) infirme le jugement du tribunal.

Dans cette espèce, le contrat de mariage, dont nous venons de reproduire la clause, était postérieur à un acte de société qui contenait la même stipulation en faveur du conjoint survivant.

La disposition de l'acte de société constitue, aux termes de l'arrêt, une stipulation pour autrui valable, et lorsque l'époux ratifie la clause du contrat de mariage qui vient se juxtaposer à cette stipulation valable, cet acte équivaut à l'acceptation de la stipulation faite précédemment en sa faveur.

L'arrêt de 1930 ajoute d'ailleurs que la clause commerciale « n'a porté aucune atteinte à l'ordre légal des successions et ne revêt pas le caractère d'un pacte sur succession future ».

La solution de cet arrêt est remarquable par sa portée théo-

1. T. civ. Seine, 24 déc. 1928 (*J. S.* 1929 et *S.* 1929.2.71).

2. Paris, 21 février 1930. *G. P.* 1931.1.180.

rique, car l'acceptation d'une stipulation pour autrui ne saurait résulter d'un acte nul. On peut regretter, toutefois, que la Cour se soit bornée à affirmer la validité de la clause sans motiver son opinion. Son arrêt ne semble pas absolument décisif en ce sens que c'est en rapprochant la clause du contrat de mariage de celle du pacte social que la Cour de Paris a pu déclarer valable cette clause de conservation des droits sociaux en la considérant, semble-t-il, comme une convention *sui generis*.

CHAPITRE III

Effets de la Clause de Continuation

I

113. — I. — Ils doivent s'étudier en ce qui concerne les associés survivants, les héritiers continuateurs ou exclus et les tiers.

Nous avons vu qu'en vertu de l'article 1134, les associés survivants sont tenus d'accepter les héritiers dans la société, à moins de convention contraire, même s'ils ont intérêt à les écarter en leur remboursant le montant de leur part.

En ce qui concerne les héritiers continuateurs, nous avons vu quels étaient les héritiers appelés à profiter de la clause et nous nous sommes demandés si la clause de survie présentait pour eux un caractère obligatoire.

L'acceptation de la succession ou de la stipulation faite en en leur faveur leur donne irrévocablement la qualité d'associé et cette acceptation rétroagit au jour de l'ouverture de la succession, si bien que la société n'éprouve pas d'interruption lors du décès. C'est ce qu'exprime l'article 1868 en disant que : « S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier... ces dispositions seront suivies. »

L'héritier se trouve substitué à son auteur dans la société, et c'est la même société qui se continue ; le remplacement de l'associé prédécédé par ses héritiers ne produit pas une société nouvelle. « Pas d'interruption, écrit TROPLONG, même capital, mêmes moyens, objet et but identiques, des modifications n'existent que dans la personne des associés, ce qui est admis par la volonté des parties (1). »

1. TROPLONG, t. II, p. 357-423 et suiv.

Il en résulte une conséquence intéressante au point de vue de l'obligation des héritiers aux dettes de la société, antérieures au décès de leur auteur. S'ils entraient dans une société nouvelle, ils n'en seraient tenus qu'en tant qu'héritiers et non comme associés, ce qui est très différent. Mais puisque la société se continue sans interruption, en restant identique à elle-même, ils sont tenus de la même façon des dettes passées et futures, et pour les dettes préexistantes sous le double lieu d'héritier et d'associé.

Remarquons aussi que si la société continuée était une société nouvelle, une liquidation devrait intervenir ou une convention d'indivision. Les formalités de publicité exigées par la loi devraient être remplies à nouveau. Les conséquences fiscales ne seraient pas moins importantes. Rien de tout cela ne se produit, puisque c'est la même société qui se survit.

114. — II. — C'est donc l'acceptation de la succession qui donne aux héritiers la qualité d'associé, mais s'il en est ainsi lorsque l'acceptation est pure et simple, il faut se demander quels sont à cet égard, les effets de l'acceptation bénéficiaire. Oblige-t-elle d'une part, les héritiers bénéficiaires à entrer dans la Société et d'autre part les associés survivants à les admettre parmi eux ?

La question ne se pose d'ailleurs pas si c'est par une stipulation pour autrui que l'héritier bénéficiaire est appelé à entrer dans la société, puisque d'aucune façon il n'est en pareil cas, le continuateur de la personne du défunt.

L'acceptation sous bénéfice d'inventaire est un parti intermédiaire entre l'acceptation pure et simple et la renonciation. Elle présente deux avantages essentiels pour l'héritier. D'abord, il n'est tenu des dettes et charges que jusqu'à concurrence de l'actif qu'il recueille, et ensuite il ne confond pas ses biens personnels avec ceux du défunt.

Bien entendu, ces avantages sont contrebalancés par tout un système de précautions destinées à sauvegarder les droits des créanciers du défunt et ceux de ses légataires, en leur assurant au moins comme gage toute la valeur de la succession.

On voit tout de suite que la situation de l'héritier qui accepte la succession sous bénéfice d'inventaire est en somme voisine de celle de l'héritier mineur qui, lui, accepte nécessairement sous ce bénéfice. Nous pourrions donc nous contenter de rappeler à propos de l'héritier bénéficiaire les discussions que nous avons exposées et les solutions que nous avons données à l'occasion du mineur, continuateur de la personne du défunt et associé d'une société de personnes.

115. — On invoque contre l'entrée de l'héritier bénéficiaire dans la société prorogée plusieurs catégories d'objections.

Il est à craindre, dit-on, que l'acceptation bénéficiaire ne soit motivée par l'insolvabilité de la succession. Elle équivaldrait, en somme, à une présomption de déconfiture. Ce seraient ensuite les formalités à suivre pour le bénéfice d'inventaire qui compliqueraient à tout moment le fonctionnement de la société. Enfin, les associés ne trouveraient plus dans l'héritier, la garantie que le défunt présentait en sa personne.

Ces difficultés qui ont été en particulier signalées par M. PARDESSUS ne semblent pas décisives.

Même en réservant le cas des mineurs, qui ne peuvent accepter purement et simplement, il serait exagéré de prétendre que la succession dévolue à l'héritier bénéficiaire est toujours en état de déconfiture. D'autre part, s'il est vrai que la gestion des affaires se trouverait gênée par les embarras qui résultent d'une succession déficitaire, les associés survivants peuvent faire cesser cette situation pleine d'inconvénients, en demandant en justice la dissolution de leur société, solution que permet l'article 1871 du Code civil, la mésintelligence entre associés, est en effet une cause légitime de dissolution.

En ce qui concerne les difficultés qu'entraîne pour l'administration des affaires sociales, le régime de l'acceptation bénéficiaire, nous répondrons que les associés avaient dû les prévoir comme possibles au moment où ils décidaient la survie de leur société dans les conditions de l'article 1868. Nous

avons vu, d'ailleurs qu'elles n'ont pas été prises en considération à l'égard des héritiers mineurs.

D'après l'opinion générale, ces inconvénients d'ordre pratique seraient donc insuffisants pour refuser aux héritiers bénéficiaires l'application d'une stipulation aussi générale que celle de l'article 1868, et comme l'écrit GUILLOUARD, « pour faire dissoudre préventivement et de plein droit une société qui, dans la pensée des parties contractantes, devait continuer avec les héritiers quels qu'ils fussent.

Comme pour le mineur, d'autres objections plus graves se présentent, les mêmes, sous cette réserve que nous ne rencontrons pas ici celle qui est tirée de l'article 2 du Code de commerce, car le majeur, lorsqu'il n'est pas interdit a pleine capacité pour faire le commerce.

Est-il donc possible d'admettre que l'héritier bénéficiaire fasse partie d'une société de commerce en qualité de commerçant sans que sa responsabilité dans le passif social soit engagée indéfiniment ? Ne serait-ce pas contraire à la nature de la société en nom collectif ou en commandite, et d'autre part aux principes généraux de notre droit qui font de l'héritier le continuateur de la personne du défunt ?

La solution de la jurisprudence résout toutes ces difficultés.

Nous la rappelons : La continuation de la société constituée à la fois pour l'héritier un droit et une charge qui lui sont transmis en même temps que les autres droits et charges composant la succession. Le majeur qui accepte purement et simplement, répond indéfiniment des dettes successorales, quelle que soit leur origine, parce qu'il continue la personne du défunt : le patrimoine de l'héritier et celui de son auteur se trouvent alors confondus par le fait de l'acceptation.

Les choses se passent autrement pour le mineur et l'héritier bénéficiaire.

La jurisprudence ayant organisé une sorte de survie de la succession, la personnalité du défunt et celle de l'héritier, au lieu de se confondre restent distinctes.

C'est en la succession que les engagements qui naissent du

fonctionnement de la société trouvent un sujet d'exercice. Rien n'est donc changé. C'est la même personne qui, prenant part aux opérations de la société protégée par l'intermédiaire de l'héritier bénéficiaire s'engage sur le même patrimoine.

Les principes auxquels obéit la société en nom collectif sont donc respectés.

116. — Tout d'abord, en elle-même, la situation de l'héritier bénéficiaire, soulève deux questions :

Les actes de l'héritier majeur en ce qui concerne la gestion des affaires sociales, peuvent-ils être considérés comme des actes simplement conservatoires ? On l'a nié. Il faudrait voir, en eux, des actes d'héritier emportant déchéance du bénéfice d'inventaire. Ce raisonnement ne pourrait, cependant, se soutenir que si la société prorogée subissait d'importantes modifications, mais tant qu'elle fonctionne dans les conditions prévues par le défunt, les héritiers bénéficiaires administrent les parts sociales selon la destination économique que leur avait donnée l'associé prédécédé.

En dehors du cas où l'héritier bénéficiaire a commis une fraude dans l'inventaire des effets de la succession (art. 801), la loi déclare qu'il peut encore être déchu du bénéfice s'il a vendu un meuble ou un immeuble sans observer les formalités prescrites (art. 805 et 806 du Code de commerce). Mais lorsque la loi subordonne les ventes de meubles ou d'immeubles à certaines formes ou autorisations, elle statue visiblement pour les valeurs dont la destination n'est pas d'être exploitées ou vendues. « Ces dispositions, écrit M. THALLER, n'ont pas trait aux marchandises qui forment un capital de circulation dont la disponibilité est aussi large aux mains de l'héritier, qu'elle pouvait l'être chez le défunt (1). »

La jurisprudence semble, d'ailleurs, avoir admis cette théorie. Dans son arrêt du 3 mai 1876, la Chambre des Requêtes a reconnu « que le successible d'un escompteur ou d'un banquier qui administre provisoirement la maison de

1. THALLER.

commerce du défunt, dans la mesure des opérations courantes et ordinaires de cette maison et pour conserver la clientèle, ne fait pourtant pas nécessairement et par là même acte d'héritier ».

Ces faits, d'après l'appréciation souveraine des juges du fond, n'avaient d'autres caractères que ceux d'une administration provisoire en vue de la conservation ou de l'achalandage.

Il résultait notamment de ces arrêts que le successeur en sa qualité d'administrateur devait continuer à donner des fonds aux commerçants ayant un compte courant avec la Banque, et d'une manière générale, pouvait procéder à toutes les opérations de banque proprement dites, telles que le paiement des intérêts renouvelés, le remplacement des billets ou leur échange.

Nous arrivons à la seconde question qui se pose au sujet de l'héritier bénéficiaire. Quelle sera l'étendue de sa responsabilité pour les opérations sociales postérieures au décès ? La difficulté à résoudre étant la même que dans le cas où l'héritier bénéficiaire est un mineur, nous retrouvons les mêmes divergences d'opinion.

Tandis que la jurisprudence décide avec raison que l'héritier bénéficiaire ne peut être tenu des dettes sociales au delà de la succession, qu'il recueille (2), certains auteurs et en particulier M. LYON-CAEN restreignent cette solution, au passif antérieur à l'ouverture de la succession, tandis que pour d'autres auteurs, l'héritier doit être tenu *ultra vires* de toutes les dettes sociales antérieures et postérieures à son entrée dans la société.

Nous pensons, toutefois, que des doutes ne peuvent exister qu'au sujet du passif social postérieur à l'ouverture de la suc-

1. S. 1876.1.30. Mêmes 25 fév. 1880. S. 80.2.377; FUZIER-HERMANN, annoté sur l'art. 779, nos 26 et 27 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Successions*, n° 168.

2. Rouen, 24 janv. 1884 ; Cass., 2 mai 1885, rap. sur Cass., 15 nov. 1887 ; Grenoble, 11 mars 1890, précité VAVASSEUR ; BAUDRY et WAHL, *Sociétés*, n° 399.

cession, ce qui revient à se demander combien de temps après la mort de son auteur, l'héritier pourra faire le commerce sous la responsabilité limitée que lui garantit le bénéfice d'inventaire. Il ne faut pas assimiler ici le cas du mineur, contraint d'accepter sous bénéfice d'inventaire, à celui de l'héritier majeur qui limite sa responsabilité volontairement.

Alors que le mineur perd le bénéfice en devenant majeur, aucune durée maxima n'est prévue par la loi pour la liquidation d'une part bénéficiaire. Il faut donc, pour la déterminer, se baser sur la nature du bénéfice d'inventaire, institution essentiellement temporaire, à laquelle, par conséquent, l'héritier ne doit plus avoir recours dès que, le bilan de la société étant établi, il sait quel parti il doit prendre au sujet de cette dernière.

Théoriquement, étant donné le système adopté par la jurisprudence, la situation créée par le bénéfice peut se prolonger jusqu'au terme fixé pour la dissolution de la société, mais en fait, elle cessera sitôt les facultés du fonds éclaircies, l'héritier devra se prononcer, renoncer à la succession ou bien devenir un associé personnellement responsable, véritable continuateur de la personne du défunt.

Dé là, ces réserves contenues dans l'arrêt des Requêtes ci-dessus reproduit. Le successeur du banquier avait administré provisoirement, pendant quelques mois seulement, mais les juges auraient statué différemment si l'exploitation s'était prolongée. Il serait inadmissible, en effet, que l'administration de l'héritier puisse durer assez longtemps pour que la société, prospère au moment du décès, devienne insolvable.

Dès que la situation véritable de la société prorogée est connue de l'héritier, les actes d'exploitation de celui-ci changent de nature, ils ne sont plus simplement conservatoires, mais valent actes d'héritier, qui font encourir la déchéance du bénéfice d'inventaire, l'héritier n'ayant plus de justes motifs de se retrancher derrière cette institution.

II

117. — 1. Quels sont les droits des héritiers exclus à l'égard des héritiers continuateurs ? L'article 1868 du Code civil a réglé la situation des héritiers exclus lorsque la société continue seulement entre les associés survivants. Par analogie, il convient d'étendre ses prescriptions à l'hypothèse que nous étudions.

ART. 1868. — « L'héritier du prédécédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède. »

A s'en tenir à la lettre de l'article 1868, un partage de biens sociaux serait alors nécessaire pour remplir de leur part les héritiers exclus. Ceux-ci ne pourraient pas demander le paiement en espèces, mais seulement en valeurs d'inventaire (1).

Il n'y a pas de partage sans liquidation réelle. Or, une liquidation anticipée est toujours onéreuse pour la société et de nature à compromettre irrémédiablement son fonctionnement ultérieur. Elle entraîne, en effet, le partage partiel de l'actif de la société et la réduction du capital social. La liquidation fictive de la société serait également une source de difficultés et de complications inopportunes. Les mesures auxquelles elle donnerait lieu éventuellement : apposition des scellés, inventaire judiciaire, demande d'expertise, etc. apporteraient des troubles essentiellement préjudiciables à la bonne marche de la société et à son crédit vis-à-vis des tiers. Aussi, pour éviter les inconvénients d'un règlement en nature et d'un inventaire auquel participeraient les héritiers exclus, est-il généralement convenu dans les statuts que l'actif social restera aux mains des associés survivants et, dans notre hypothèse, sans que ces derniers aient à interve-

1. Note CAPITANT, S. D. 1929.2.105.

nir. C'est l'héritier désigné et acceptant qui paiera à ses cohéritiers la valeur en argent de la part de leur auteur. D'après certains auteurs, une telle clause devrait même être sous-entendue à raison de ses avantages.

118. — Sa nature juridique a prêté à discussion, M. THALLER voit dans cette clause une cession conditionnelle de la part sociale faite à titre de vente, l'article 1868, il est vrai, emploie le mot partage, mais ce mot ne doit pas être pris ici dans un sens de précision, autrement, le résultat de la clause serait tout autre que celui que les parties ont cherché.

L'évaluation de la part sociale vendue se fait d'après le dernier inventaire.

Au point de vue fiscal, cette théorie entraîne la conséquence suivante : les héritiers trouvent dans la succession, la créance du prix de cession, et ils acquittent sur son montant un droit de succession. L'héritier acquéreur, d'autre part, paie à l'enregistrement le droit d'achat de part sociale de 1,08 %.

La société continue sans diminution de capital, avec le même nombre d'associés.

La condition à laquelle est subordonnée la cession est le décès de l'associé.

La théorie de M. THALLER a des conséquences qui présentent de graves inconvénients.

C'est d'abord la rétroactivité de la condition, en vertu de laquelle le défunt sera censé n'avoir jamais fait partie de la société, objection sans portée il est vrai, quand l'héritier est le continuateur de la personne du défunt.

D'ailleurs, on peut déroger, même tacitement au principe de la rétroactivité de la condition, la dérogation, dans ce cas particulier pouvant même être facilement présumée.

C'est surtout aux termes de l'article 1868 que se heurte cette théorie : « L'héritier n'a droit qu'au partage », il s'agirait donc d'un partage et non d'une cession conditionnelle opérée en dehors de toute idée de partage.

D'après l'article 888 en effet, la cession est un de ces actes

qui font cesser l'indivision entre héritiers, on ne peut donc la considérer indépendamment de l'idée de partage.

D'après une seconde théorie, il faudrait voir un partage dans le règlement de droits qui intervient après décès, partage fixé à l'avance, l'un recevant les droits sociaux en entier, l'autre la valeur de sa part en argent.

Cette opinion semble tout à fait correspondre à l'article 1868, d'autant plus que le règlement se fait entre cohéritiers.

Elle peut encore s'appuyer sur l'article 61 de la loi du 24 juillet 1867 qui exige la publication de tout changement à la raison sociale. Il y a moins société continuée que société nouvelle pour laquelle les formalités sont simplifiées à l'extrême, en réalité, on peut dire que ce n'est pas la société qui est continuée, mais l'entreprise. Cette conception présente des avantages au point de vue fiscal, mais ses conséquences sont contraires au but recherché par les parties, que les héritiers recueillent leur part en nature, ou bien en argent après liquidation de l'actif social.

Nous adopterons une théorie mixte : celle d'une cession tenant lieu de partage : la cession met fin à l'indivision, c'est pourquoi elle constitue un partage aux termes des articles 888 et 1868 du Code civil ; les héritiers exclus ne seraient pas tenus à l'obligation de garantie en ce qui concerne la part cédée (1).

119 — 2. Les statuts se contentent le plus souvent de poser le principe de la cession ; mais comment la réaliser ?

D'après les solutions généralement admises par la jurisprudence, le prix de la part sociale devrait être calculé en se basant sur les produits du dernier inventaire social (2) auquel a concouru le défunt ou ce qu'il a tout au moins arrêté. C'est en effet le seul qui puisse donner aux héritiers toute garantie de sécurité.

1. Pour les conséquences de ces théories en ce qui concerne la clause dite du dernier inventaire, voir TRASBOT, *Sociétés civ. et comm.*, 1929.

2. Cass. civ., 3 janv. 1900. S. 1900.1.921 ; Lyon, 22 mai 1891. La loi du 17 août 1891 ; Paris, 29 mars 1927, note S. 1927.269.

C'est une pratique qui n'entraîne pas de difficultés en temps normal. Elle peut, cependant, s'avérer dangereuse en période de crise alors qu'il existe des réserves occultes. Les associés ne pouvaient pas les prévoir, lors de la formation du contrat, quand ils ont décidé que la part des associés exclus se réglerait sur le dernier inventaire (1).

Même en temps normal, les associés sont parfois dans l'usage d'attribuer une valeur conventionnelle à certains éléments de l'actif tels que : le fonds de commerce, et les héritiers exclus se trouvent gravement lésés. C'est ce qui s'est passé dans une espèce jugée par la Cour de Paris en 1927 (2).

Il a été jugé en matière de société en nom collectif, que des héritiers peuvent exiger une expertise de l'actif social, même si, d'après les statuts, la part de l'associé prédécédé devait être évaluée en raison du dernier inventaire (3).

Il s'agissait de déterminer les droits des héritiers sur la part d'un associé qui dépendait de la communauté légale d'entre lui et sa femme prédécédée.

120. — « Les héritiers réservataires, remarquent MM. HOU-PIN et BOSVIEUX, pourraient aussi soutenir qu'à raison d'amortissements exagérés opérés sur l'actif social, la conservation de cet actif, d'après le dernier inventaire, constitue pour les associés survivants — il faudrait dire ici pour l'héritier désigné — une libéralité indirecte, et par suite, réclamer la réduction de cette libéralité, en vertu de l'article 920 du Code civil dans la mesure où elle excède la quotité disponible (4). »

C'est aux ayants droit du défunt à rapporter la preuve du caractère gratuit de l'acte en apparence onéreux. Ils auront à préciser l'émolument gratuit et à mettre en évidence l'intention de gratifier, ce qui ne sera pas, le plus souvent, sans présenter de grandes difficultés. Toutefois, la preuve

1. Henri ROUSSEAU, note S. 1925.1.306.

2. Paris, 29 mars 1927, précité Vve Vaillant c/ Fontaine.

3. Cass., req., 1^{er} avril 1921. S. 1925.1.305.

4. Cass., 5 mars 1867. S. 67.1.208 ; 20 juillet 1868. S. 68.1.362 et 20 oct. 1890. S. 91.1.97 *Rép. droit fr. quotité disponible*, nos 202 et suiv.

sera libre et des présomptions utiles pourront être invoquées si l'héritier désigné faisait déjà partie de la société au moment de sa constitution, l'acte de société, n'étant pas authentique. En pareil cas la libéralité doit être présumée (art. 854) et ce sera à l'héritier désigné de prouver qu'elle n'existe pas.

Au point de vue de la forme on se trouve en présence non d'une donation déguisée, mais d'une donation indirecte que permet de déceler l'acte en apparence onéreux, rien au contraire ne doit révéler une libéralité dans la donation déguisée. Il est important de faire cette distinction au point de vue fiscal. Si les droits de la libéralité indirecte n'ont pas été acquittés au moment où elle est intervenue ; ils le seront sans pénalité, à l'ouverture de la succession, tandis que si l'on se trouvait en présence d'une donation déguisée le double droit en sus serait exigé, à la même époque.

La preuve de la libéralité indirecte une fois établie, tous les ayants droit du défunt ne pourront pas demander le rapport et la réduction. Si tous les héritiers peuvent en effet invoquer le rapport, seuls les réservataires bénéficieront de la réduction.

Aussi les héritiers ont-ils un autre moyen de faire tomber la libéralité indirecte, il consiste à critiquer le dernier inventaire comme frauduleux à l'égard du fisc. Encore sur ce terrain, ils se heurtent à de grandes difficultés, celle de la preuve en premier lieu, ils risquent enfin de se voir apposer la maxime « *nemo auditor propriam turpitudinem allegans* » car on ne peut se faire soi-même un titre de sa fraude, et c'est très rarement, en pareil cas, que le ministère public intervient au nom du fisc.

121. — Il se peut que le dernier inventaire, d'après lequel seraient fixés les droits des héritiers soit trop ancien, ou même qu'il n'en ait pas été dressé. En pareil cas, la confection d'un nouvel inventaire s'impose pour déterminer la situation actuelle de la société, et par suite les droits des héritiers (1).

Il est parfois convenu qu'il serait procédé pour le règlement des droits des héritiers exclus à la confection d'un inventaire, dit de liquidation, après le décès de l'associé, et

1. PONT, 720, n° 1 ; HOUPIŒ et BOSVIEUX, I, 212 ; ARTHUYS, 729.

cette clause s'imposera aux associés survivants (1). Il pourra être amiable, même en présence d'héritiers mineurs.

La loi exige bien un inventaire sous la forme authentique pour les biens de mineurs. Mais, il ne s'agit pas ici des biens des mineurs. Ce sont les biens de la société qui sont inventoriés, or, ils ne font pas partie de l'actif successoral, et les règles de droit commun peuvent être appliquées (2).

Le prix de cession, fixé par le dernier inventaire, doit être payé par l'héritier désigné, et les coassociés n'ont donc plus à intervenir. Il peut être versé en bloc ou par annuités, par fractions échelonnées. Tout dépend des conventions des parties.

De sa nature, ce prix est forfaitaire, et établi en dérogation aux dispositions de l'article 1868. Les héritiers exclus n'ont aucun droit sur les bénéfices réalisés depuis le dernier inventaire jusqu'au décès, ni sur ceux qui peuvent résulter des opérations entreprises avant la mort de leur auteur, mais qui se continuent ultérieurement. Ils échappent, d'ailleurs, aux pertes subies dans les mêmes conditions (3). Tout ceci, bien entendu, sous réserve de conventions contraires. Il peut être convenu qu'ils auront droit aux bénéfices réalisés dans l'année courante proportionnellement au temps qui a couru depuis le dernier inventaire, et pour leur part. On détermine ces bénéfices en se basant sur les bénéfices des deux ou trois dernières années et en en prenant la moyenne.

122. — 3. La question de la part des héritiers exclus dans les réserves sociales a donné lieu à discussion. Le plus souvent, l'acte de société décide si les héritiers auront droit au versement immédiat de leur part dans ces réserves, si l'éva-

1. Cass. req., 17 juin 1927. S. août-sept. 1927.

2. Cass. civ., 30 nov. 1892. S. 1893.1.73 et note anonyme conforme à l'opinion ci-dessus exprimée ; PIC, 2.598 ; BAUDRY-LACANTINIERE et WAHL, 408 ; ARTHUYS, 730 ; THALLER, et PIC, 598 ; LYON-CAEN et RENAUULT, 316 bis ; HOUPIN et BOSVIEUX.

3. Cass., 30 juin 1897. S. 97.1.267 ; Alger, 12 janv. 1911, *J. S.*, 1912. 231 ; PIC, I, 598 ; HOUPIN, 212.

luation de ces réserves doit compter pour la fixation du prix de cession. Mais au cas de silence des statuts, les héritiers devront-ils attendre la dissolution de la société ? C'est dans ce sens que s'est fixé un arrêt de la Cour de Dijon (1). Cet arrêt, malheureusement, ne vise que l'interprétation des statuts d'une société.

D'après ces statuts, les héritiers de l'associé décédé avaient le droit de retirer sa mise de fonds, ainsi que sa part de bénéfices constatée par le dernier inventaire, précédant le décès, mais le fonds de réserve n'avait pas figuré dans cet inventaire et l'expression : retirer sa mise de fonds, paraissait synonyme de « retirer son apport social ».

La Cour a donc interprété les statuts en ce sens qu'ils ne reconnaissent aucun droit aux héritiers sur le fonds de réserve, et il ne faut pas donner d'autre portée à son arrêt. Cette opinion ne conteste pas que le fonds de réserve fasse partie de l'actif social, ni qu'il ne représente les bénéfices accumulés, mais elle considère qu'en raison de sa destination, il ne doit être distribué entre les ayants droit qu'à la fin de la société.

En réalité, il y a là une question d'intention que les tribunaux apprécient souverainement d'après les circonstances de la cause. C'est ce qu'a reconnu la Cour. Quand les éléments d'appréciation font défaut, il vaut mieux décider qu'à moins de convention contraire expresse ou implicite, les héritiers exclus n'auront pas à attendre que la société soit dissoute, ou en liquidation (2).

L'actif social comprend, en effet, le fonds de réserve. Or, celui-ci varie d'après le succès des opérations sociales, et nous avons vu que le prix de cession étant forfaitaire, ne devait pas être influencé par les opérations postérieures à l'inventaire, ni pour l'actif, ni pour le passif. C'est le résultat qui serait atteint si l'évaluation des réserves n'était pas com-

1. Dijon, 22 janv. 1877. S. 80.2.104.

2. Sirey, note sous l'arrêt précité, VAVASSEUR, n° 180 ; ARTHUYS, n° 729 ; THALLER et PIC, n° 598 ; HOUPIN et BOSVIEUX, *contra* : GUILLOUARD, n° 306 ; BAUDRY et WAHL, n° 407.

prise dans la détermination de l'actif social au moment du dernier inventaire. Il n'y a qu'entre les associés que la destination du fonds de réserve soit d'être partagé à la dissolution de la société.

123. — 4. En résumé, le bénéficiaire de la stipulation prend donc dans la société la place de son auteur, et il la conserve tout entière, car il est, en effet, peu probable que les associés aient entendu partager la part de leur coassocié entre tous les héritiers, et réduire son représentant dans la société à ses droits successoraux dans cette part (1).

Nous venons d'étudier dans quelles conditions se fait le règlement du prix de cession, soit d'après les statuts, soit d'après le dernier inventaire, mais toujours en tenant compte de l'intention présumée des parties.

Cette clause de rachat s'applique aussi bien à l'héritier, qu'au légataire ou à l'époux survivant.

En étudiant la nature des diverses stipulations en usage, nous nous sommes demandés si la clause de rachat au profit du conjoint survivant pouvait être insérée valablement dans un contrat de mariage.

Lorsqu'elle ne constitue pas un pacte sur succession future l'importance du remboursement aux héritiers, varie suivant les divers régimes matrimoniaux.

Il se peut aussi que la femme soit créancière de la part sociale de son mari. Si elle était constituée par un propre de la femme ou une part dotale, les héritiers du mari, ne pourraient rien réclamer.

Lorsque l'héritier continuateur est dispensé de rembourser à ses cohéritiers la valeur de leur part dans les droits qu'il recueille, il doit tenir compte à la succession de cet avantage, qui est sujet à réduction, s'il excède la quotité disponible.

Le droit de faire partie de la société constitue-t-il, par lui-même, un avantage ? L'article 854 du Code civil prévoit l'application du rapport au contrat d'association. Il peut, en effet, constituer une donation indirecte, bien qu'il pré-

1. *Juin, Sociétés*, art. 1865, 1871.

sente, en apparence, le caractère d'une convention à titre onéreux. Pour que la question du rapport ne se pose pas, en cette hypothèse, il faut que deux conditions soient réunies :

1^o La société doit avoir été conclue sans fraude contre les héritiers ;

2^o Elle doit être constatée par un acte authentique (1).

III

124. — Nous avons étudié les effets de la clause de survie en ce qui concerne les associés survivants, les héritiers exclus. Quels sont-ils en ce qui concerne les tiers et le fonctionnement de la société ?

A) *Publicité.* — Vis-à-vis des tiers, la situation peut se résumer ainsi : c'est l'ancienne société qui se continue sans interruption, avec les mêmes statuts ; le même capital, un objet identique. Il y a seulement un changement dans le personnel des associés, mais qui avait été prévu au moment de la constitution de la société. Il n'y a donc pas lieu à l'accomplissement de nouvelles formalités de publicité. Celles qui ont été faites autrefois doivent suffire. Pas de surprise pour les tiers qui sont présumés connaître les statuts d'une société dès qu'ils ont été régulièrement publiés.

Il est reconnu en effet que l'article 61 de la loi du 24 juillet 1867 ne s'applique pas dans cette hypothèse, solution qui est admise par la jurisprudence, même au cas où la clause de continuation n'a pas figuré dans l'extrait inséré dans un journal d'annonces légales.

La publication devient cependant nécessaire si la continuation de la société avec les héritiers d'un associé en nom collectif n'a pas été prévue dans les statuts, ou si le décès a pour effet de modifier la société, de transformer, par exemple la société en nom collectif en société en commandite.

La publication s'opère d'après les règles posées par les arti-

1. Nous avons déjà rencontré cette question au sujet du conjoint survivant. V. n^o 106.

cles 55 et 56 de la loi de 1867. A défaut de l'accomplissement de cette formalité, la prorogation serait inopposable aux tiers qui pourraient la faire déclarer non avenue s'ils y avaient intérêt, et les associés eux-mêmes, dans leurs rapports respectifs, écrit M. HOUPIN, seraient admis à en poursuivre l'annulation à toute époque jusqu'à ce qu'elle ait été publiée (1).

La société poursuivra ses opérations jusqu'à l'arrivée du terme fixé par les statuts, s'il en a été prévu un, et dans le cas contraire, jusqu'à ce que soit réalisé son objet. Elle restera soumise par ailleurs aux causes ordinaires de dissolution énumérées par l'article 1865 et les statuts.

125. — B) Son fonctionnement intérieur ne sera pas changé, et les rouages d'administration prévus par les statuts subsisteront. Il arrive, cependant, que la société continuée change partiellement de nature. C'est ce qui se produit quand les associés ont décidé que les héritiers succéderaient avec une situation amoindrie ; au lieu d'être associés en nom, par exemple, ils ne seraient plus que des commanditaires. Cette combinaison présente des avantages pour les parties en présence. Les héritiers, d'un côté, sont sûrs de ne pas être tenus au delà de leur part, égale à une fraction de celle du *de cujus* lors du dernier inventaire, et les associés, de leur côté, ne sont pas exposés à l'immixtion dans la gérance d'héritiers inconnus d'eux, dont ils ignorent les capacités commerciales. Quant aux tiers, les statuts pouvaient les renseigner sur l'éventualité d'une commandite partielle (2).

Au lieu de se transformer en commanditaires, il est possible que les héritiers deviennent de simples prêteurs, auxquels on ne pourrait pas reconnaître la qualité d'associé, celle-ci étant réservée aux associés survivants. C'est ce qui se produit lorsqu'il est stipulé que la part héréditaire des héritiers de l'associé prédécédé demeurera dans le fonds

1. V. HÉMAR, *Nullités*, p. 262.

2. HOUPIN, t. II, p. 876 *bis* ; LYON-CAEN et RENAULT, t. 2, n° 315.

social à titre de prêt, que les intérêts de ce prêt soient fixes ou remplacés par une participation aux bénéfices, les héritiers étant non des associés, mais de simples créanciers, n'auront aucun droit de surveillance ou de contrôle dans l'administration de la société, tel qu'il appartient au commanditaire. C'est pourquoi il importe de distinguer cette clause de la précédente.

En l'absence de clauses statutaires qui amoindrissent leur situation, les héritiers prennent donc dans la société, la même place que leur auteur, et la société subsiste même si l'associé prédécédé était gérant, à moins qu'il n'en ait été convenu autrement (1).

Peut-être, faudrait-il distinguer, à ce point de vue, entre le gérant statutaire et le gérant nommé par un acte postérieur au contrat de société.

Dans le silence des statuts, si le gérant statutaire, vient à décéder, la société est dissoute (2), à moins que tous les associés ne confient la gestion à un nouvel administrateur.

Si le gérant avait été nommé par un acte postérieur au contrat de société, il peut en être désigné un nouveau par tous les associés. S'ils ne s'entendent pas sur le choix du nouveau gérant, la société continue en étant administrée par tous les associés dans les conditions prévues à l'article 1859 du Code civil.

Mais généralement des dispositions particulières sont prévues dans les statuts en ce qui concerne la nomination du nouveau gérant. Ils pourraient même décider que l'héritier continuateur serait gérant de plein droit à la place de son auteur. C'est une solution exceptionnelle, étant donnée la nature juridique des fonctions du gérant.

C'est, en effet, un simple mandataire, qui ne peut céder purement et simplement ses pouvoirs à un tiers non agréé par les associés, à moins d'y avoir été formellement autorisé

1. LYON-CAEN et RENAULT, n° 31, 313 *bis* ; ARTHUYS, THALLER et PIC, *loc. cit.*

2. Cass., 21 mai 1889. *R. S.* 1889.499, rapporté par HOUPIŒ et BOSVIEUX, t. I, 193.

par les statuts. Sa qualité, essentiellement personnelle et non susceptible de délégation ne passerait donc pas aux héritiers en l'absence d'une disposition contraire de l'article de société.

126. — C) *Administration de la société.* — En ce qui concerne l'administration de la société, les héritiers continuateurs seront assimilés aux associés survivants. Ils auront les mêmes droits de gestion ou de surveillance, mais dans quelles conditions les exerceront-ils ?

S'il existe un seul héritier, acceptant, ou que l'héritier continuateur soit l'unique bénéficiaire d'une stipulation pour autrui ce remplaçant du défunt a droit à une voix comme son auteur.

Mais, si plusieurs héritiers prennent la place du défunt, chacun d'eux aura-t-il droit à une voix, ou ne l'auront-ils qu'à eux tous ? Cette question est en général prévue par les statuts, une formule fréquemment adoptée est la suivante : « chaque part est indivisible à l'égard de la société. Les copropriétaires indivis sont tenus, pour l'exercice de leurs droits de se faire représenter auprès de la société par un seul d'entre eux ou par un mandataire commun pris parmi les autres associés.

En cas de silence des statuts, il paraît logique de distinguer le cas où la continuation de la société est une charge de la succession, et celui où elle est le résultat d'une stipulation pour autrui.

Dans la première hypothèse, tous les héritiers ne devraient avoir ensemble qu'une seule voix, puisqu'ils sont les continuateurs de la personne du défunt et qu'ils représentent sa succession. Ils ne reçoivent, à eux tous, que la part de bénéfices qui revenait au défunt et partagent les pertes sociales dans la même proportion, ce qui semble prouver que la succession se survit en leur personne.

Une autre conséquence résulterait de cette situation : la solidarité passive entre les héritiers continuateurs.

On a cependant soutenu que les héritiers continuateurs

devraient avoir chacun une voix, parce qu'ils sont tenus indéfiniment des dettes de la société.

Cette dernière opinion est généralement rejetée avec raison. Accorder une voix à chaque héritier, n'est-ce pas rompre l'équilibre primitif de la société au profit du défunt et de ses représentants alors que l'égalité est de règle entre les associés ? Les héritiers continuent la personne du défunt, ils ne peuvent donc avoir plus de droits que lui ? Si leur responsabilité est, en effet, illimitée, elle se partage entre eux, et il n'y faut voir qu'un effet inévitable de l'obligation d'entrer dans une société de personnes qu'ils ont contractée en acceptant la succession. Pour la même raison, nous déciderons que les héritiers continuateurs sont tenus solidairement des dettes de la société.

Quant aux héritiers bénéficiaires d'une stipulation pour autrui, ils ne recevront à eux tous qu'une voix également, non parce qu'ils sont les continuateurs du défunt, mais parce qu'ils le remplacent et qu'en dehors d'une clause spéciale des statuts, l'équilibre social ne peut être rompu en leur faveur.

Par contre, ils ne seront pas tenus solidairement du passif social, puisqu'ils ne sont pas unis par le lien de la succession.

Quelle est l'étendue de l'obligation aux dettes de l'héritier bénéficiaire ? C'est un successeur aux biens qui n'est tenu pour toutes les opérations sociales antérieures à la mort de son auteur que pour la part d'actif qu'il recueille. Mais, pour les opérations auxquelles il a donné son concours, il n'y a pas de raison de lui accorder le bénéfice d'une responsabilité limitée à l'émolument de la succession. Elle se comprendra tant que l'héritier n'aura pas tiré au clair la situation commerciale de la société dans laquelle il est appelé à entrer, mais dès que son parti sera pris, il faudra le considérer comme un associé ordinaire, soumis par suite à la règle de la responsabilité indéfinie.

Nous adopterons pour le mineur une solution différente, mais inspirée par le même raisonnement. Le patrimoine du défunt et celui du mineur ne se confondent qu'à la majorité

de ce dernier. L'obligation de continuer la société est une charge de la succession, la limitation de cette charge est assurée par le régime de l'acceptation bénéficiaire, qui est imposée au mineur jusqu'à sa majorité.

Cette opinion est discutée par M. PIC. « N'y a-t-il pas, écrit-il, dans cette limitation aux forces successorales de la responsabilité passive de l'héritier mineur, même à raison des dettes postérieures au décès, une transformation du pacte social ? Une modification aussi grave peut-elle être admise par voie de simple présomption. Il est permis d'en douter. »

Mais nous avons vu que la jurisprudence est conforme à notre façon de voir. Elle se justifie par des raisons pratiques et économiques puissantes et par la nécessité de suppléer aux lacunes de notre droit, en ce qui concerne la protection des mineurs.

127. — D) Liquidation de la société. — La mise de fonds du défunt, le fonds de réserve de la société, ses bénéfices seront partagés entre tous les associés, selon les clauses du pacte social, à eux tous, activement et passivement, les héritiers acceptants ou bénéficiaires du défunt recevront la part qui eût été dévolue au défunt s'il avait survécu. Ils se la partageront entre eux au prorata de leurs droits successoraux.

TROISIÈME PARTIE

La Continuation des Sociétés de personnes en droit comparé

CHAPITRE PREMIER

Drôit italien

128. — I. — Les sociétés italiennes se divisent comme les nôtres en sociétés civiles et sociétés de commerce. Les sociétés de commerce correspondent aux différents types reconnus par le droit français. Aux termes de l'article 76 du Code commercial italien, ce sont :

1^o La « *società in nome collettivo* » dont les obligations sociales sont garanties par la responsabilité illimitée et solidaire des associés.

2^o La « *Società in accomandita semplice* », dont les obligations sociales sont garanties par la responsabilité illimitée et solidaire d'un ou plusieurs associés commandités et par la responsabilité d'un ou plusieurs commanditaires, limitée à une somme déterminée, qui peut aussi être représentée par des actions (*Società in commandita per azioni*).

3^o La société anonyme dont les obligations sociales sont garantis seulement limitativement à un capital déterminé, et dont chaque associé n'est obligé que pour sa quote-part ou pour son action.

129. — II. — Qu'elles soient civiles ou commerciales, les sociétés de personnes du droit italien sont dissoutes par la mort d'un associé. A ce point de vue, l'article 191 du Code commercial italien peut être rapproché de l'article 865 du Code civil.

Article 191. — « La société en nom collectif se dissout par la mort, l'interdiction, l'incapacité légale et la faillite d'un des associés, s'il n'existe pas de convention contraire.

La société en commandite, sauf convention contraire, se dissout par la mort, l'interdiction... du commandité ou d'un des commandités. »

Les associés peuvent donc stipuler la continuation de la société malgré la mort de l'un d'entre eux, et cette continuation se produira, soit entre les associés survivants, soit entre les associés survivants et les héritiers du défunt.

130. — La question s'est également posée, en droit italien, de savoir si la clause de survie devait être expresse. La jurisprudence italienne qui a suivi en cette matière la même évolution que la jurisprudence française admet la continuation tacite, quand elle résulte de la nature de la société ou de son objet.

Tel est le sens d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Turin, le 2 août 1861. Il s'y agissait d'une société formée pour une durée de 90 ans, en vue de la construction d'un chemin de fer. Le décès d'un associé s'étant produit avant l'expiration du délai prévu, il a été décidé que la société ne devait pas être dissoute.

La continuation de la société résultait implicitement du but poursuivi qui ne pouvait être atteint qu'à la fin de la période envisagée par les statuts (1).

Au cas où la continuation est prévue seulement en faveur des associés survivants, les droits des héritiers exclus sur la

1. *Traité de droit commercial italien*, traduction ESCARRA, p. 634, note 30. C. App. de Turin, 2 août 1861. Marit. 1862.960. C. App. de Naples, 1 déc. 1872. Répert. Pacifici Mauzoni.

part de leur auteur, se règlent de la même manière qu'en droit français.

131. — La clause de continuation est obligatoire pour les héritiers appelés à en profiter. De même qu'en droit français, ils ne peuvent refuser d'entrer dans la société que s'ils renoncent à la succession de l'associé prédécédé, la clause de survie étant inséparable de cette succession.

Ils peuvent d'ailleurs, en acceptant la succession sous bénéfice d'inventaire limiter à l'actif de cette dernière, l'étendue de leur responsabilité pour les dettes sociales antérieures et même postérieures au décès. Elles prennent en effet leur source dans le contrat de société, et l'héritier ne supporte les conséquences de celui-ci que dans la mesure du bénéfice d'inventaire (1).

La situation d'un associé en nom qui offre une garantie limitée au patrimoine du défunt est certainement anormale, mais elle se justifie par la nécessité de protéger l'ordre des successions : « Si l'héritier devait assumer purement et simplement la qualité d'associé ou renoncer, écrit VIVANTE, il devrait le plus souvent s'en tenir au second parti, pour ne pas exposer toute sa fortune dans une entreprise où il est tout à fait profane ». On troublerait ainsi l'ordre régulier des successions, que le législateur a voulu protéger par le bénéfice d'inventaire.

132. — La femme qui accepte la succession peut entrer dans la société prorogée sans le consentement de son mari ; c'est qu'il faut distinguer le cas de constitution d'une société nouvelle de celui où la femme entrerait en qualité d'héritière dans une société formée en dehors de sa volonté. L'article 14 vise seulement la première de ces hypothèses.

133. — La continuation de la société pourra-t-elle se produire avec des héritiers mineurs ?

En droit italien, comme en droit français, le mineur est

1. VIVANTE, *op. cité.*

absolument incapable d'exercer le commerce. Il ne le devient qu'après s'être fait émanciper et avoir obtenu l'autorisation de faire le commerce, c'est ce qui résulte de l'article 9 du Code de commerce qui s'exprime ainsi :

Article 9. — « Les mineurs émancipés masculins ou féminins, pour pouvoir exercer le commerce et être réputés majeurs quant aux obligations contractées par eux pour faits de commerce, doivent être autorisés par le père, moyennant acte devant le prêteur, ou par le conseil de famille ou de tutelle, par une délibération promulguée par le tribunal civil d'après les dispositions de l'article 319 du Code civil. »

L'autorisation générale de faire le commerce ne serait d'ailleurs pas suffisante pour permettre au mineur de contracter une société, une autorisation spéciale lui serait encore nécessaire. En effet, il y a lieu d'étendre au mineur cette prescription qui est établie par l'article 15 du Code de commerce en ce qui concerne la femme mariée.

L'entrée du mineur dans la société prorogée, en qualité de commanditaire ne soulève aucune difficulté. Par contre, que décider au cas où, par le jeu de la clause de survie, il se trouve appelé à remplacer un associé en nom collectif ou un commandité ?

Des raisons importantes s'opposent alors à son entrée dans la société.

En premier lieu, il n'est pas commerçant, et d'autre part, les associés en nom et les commandités sont tenus indéfiniment du passif social sur tous leurs biens. Or, le mineur ne peut accepter une succession que sous bénéfice d'inventaire (article 930, Code civil).

La jurisprudence italienne a cependant décidé qu'en pareil cas, la clause de continuation de la société, s'appliquerait aussi bien aux héritiers mineurs qu'aux héritiers majeurs. La Cour de Rome ayant eu à trancher la légalité de la clause de survie d'une société en nom collectif, s'est prononcée dans le sens de l'exécution de la clause, malgré la présence d'héritiers mineurs âgés de moins de 18 ans (1).

1. Arrêt du 14 juin 1892, *Giurn. ital.*, 1872.

L'article 12 du Code de commerce de 1882 permet au père ou au tuteur du mineur de continuer dans l'intérêt de son pupille, moyennant certaines autorisations, le commerce du défunt. Les juges de Rome, fait remarquer M. THALLER (2), auraient pu étendre au commerce en société cette disposition de l'article 12, et dire que les représentants légaux du mineur auraient les mêmes pouvoirs dans les deux cas, mais ils se sont basés sur un autre raisonnement pour soumettre le mineur non émancipé à l'application de la clause de continuation ; ils s'appuient sur des considérations de succession bénéficiaire et de séparation de patrimoine.

Par l'effet du bénéfice d'inventaire, le patrimoine du défunt ne se confond pas avec les biens personnels du mineur. Il se survit fictivement avec son individualité propre, et si le mineur entre dans la société prorogée, ce n'est pas en son nom particulier mais en celui de la succession, qui est en réalité la seule intéressée. Elle répond indéfiniment du passif social sur les biens qui la composent et dont le mineur apparaît comme le dépositaire-administrateur.

Cette théorie a fait l'objet de nombreuses critiques de la part de la doctrine (1). Le professeur STRAFFA, en particulier, s'en montre l'adversaire le plus convaincu, le professeur FRANCHI n'en est pas non plus partisan, mais la jurisprudence ne l'a pas abandonnée, car elle permet de donner satisfaction aux besoins du commerce.

134. — III. — Le décès d'un associé n'entraîne pas *ipso facto* la dissolution de la société, seulement, il donne le droit aux héritiers du défunt, de déposer l'acte de décès au greffe du tribunal de commerce en déclarant qu'ils veulent la dissolution de la société (art. 96 du Code de commerce). A défaut de l'accomplissement de cette formalité, la société continue à fonctionner valablement, et ils ne peuvent se soustraire aux conséquences des actes de l'administrateur. En effet, l'arti-

1. BOLEFFIO et STRAFFA, *Rivista italiana per la scienza giuridiche*, vol. XII. *Archivio giuridiche*, vol. XLIX.

cle 97 déclare que la mort d'un associé n'enlève pas aux administrateurs le pouvoir d'accomplir de nouvelles opérations.

D'autre part, d'après l'article 100, la modification des statuts ne produit pas d'effet à l'égard des associés et des tiers sans publicité. Il faut donc admettre que ce sont les associés survivants et les tiers seuls qui peuvent se prévaloir du défaut de l'acte de dépôt et non les héritiers de l'associé (2).

Dès lors, puisque la société est présumée existante au cours de cette période, il n'y aurait pas lieu de rechercher quel serait le sort des actes passés après le décès d'un associé et avant le dépôt de l'acte de décès.

135. — ADMINISTRATION DE LA SOCIÉTÉ PROROGÉE. —

Les héritiers acceptants en entrant dans la société prorogée, prennent la place du défunt et deviennent des associés à responsabilité illimitée, qui partagent les bénéfices et les pertes au prorata de leur part héréditaire.

L'héritier unique, en ce qui concerne l'administration de la société, a une voix comme le défunt, mais s'il y a plusieurs héritiers, n'auront-ils à eux tous qu'une seule voix ? C'est la solution que nous avons adoptée en droit français, VIVANTE estime, au contraire, qu'il faut donner une voix à chaque héritier puisqu'il continue la personne du défunt dans tous ses droits, *in universum jus*, principe qui serait violé si on considérait tous les associés comme un associé unique pour leur attribuer un seul droit de vote.

Toujours d'après VIVANTE cette opinion entraînerait de graves difficultés. La décision unanime des héritiers serait rarement obtenue, et si l'on soutient qu'elle est nécessaire, il suffirait du dissentiment d'un seul héritier pour empêcher les autres d'exercer leurs droits sociaux.

« Enfin, écrit-il, elle conduirait à l'une ou l'autre de ces conséquences absurdes qui la condamnent : ou bien les héritiers pourraient opposer aux créanciers sociaux le bénéfice du partage, ce qui est inconciliable avec la conception essentielle d'une société en nom collectif, ou bien ils seraient responsables indéfiniment pour toutes les dettes sociales sans

pouvoir participer à la gestion de la société dans la même mesure que les autres associés. »

L'héritier qui succède à un administrateur le remplace d'après VIVANTE dans le droit et l'obligation d'administrer lorsqu'il refuse d'administrer, il peut être exclu de la société (art. 186-2^o) ou tout au moins condamné à payer une indemnité représentant le dommage subi par la société si elle a été obligée de faire appel à un administrateur étranger.

Cette solution est contraire à celle que nous avons adoptée, le mandat dont était chargé le défunt, qui était personnel et par suite, ne peut être transmis à ses héritiers (1). VIVANTE ne tient compte de cette objection que si l'administration n'avait été confiée au défunt qu'en raison de ses aptitudes particulières (art. 1127 C. civ.).

136. — Enfin, comme en droit français, la société dissoute se survit en droit italien pour les besoins de sa liquidation ; elle ne disparaît pas immédiatement par le fait du dépôt de l'acte de décès. Les liquidateurs sont les successeurs des administrateurs et les exécuteurs testamentaires de la société. « La dissolution de la société, remarque Maître PIRMEZ, rapporteur de la commission parlementaire belge, n'a pas pour conséquence de l'anéantir complètement. La vie s'est retirée du corps social, son organisme ne fonctionne plus. Il est incapable de faire une nouvelle opération, mais sa masse inerte subsiste et jusqu'à ce qu'elle soit morcelée par le partage, elle demeure un tout qui ne peut être considéré comme divisé. »

Pendant la période de liquidation, la société conserve son nom, son domicile, sa comptabilité, et le patrimoine social demeure le gage exclusif des créanciers sociaux (art. 206). Les héritiers du défunt, majeurs et mineurs, supportent les conséquences des opérations de liquidation, tant activement que passivement.

1. En ce sens, PARDESSUS, 1059 ; DELANGLE, 649 ; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n^o 313 *bis* ; VIDARI, 4^e édit., vol. II, n^o 1485.

CHAPITRE II

Droit anglais

137. — I. — La législature anglaise, en matière de sociétés, diffère profondément de la nôtre. La division qu'elle établit entre les sociétés civiles et commerciales n'a pas la même importance qu'en droit français. C'est ainsi qu'il n'existe pas de juridiction spéciale pour les sociétés de commerce. Les preuves s'administrent de la même façon pour les deux sortes de sociétés.

Le droit anglais s'attache donc moins à l'objet qu'à la forme de la société pour établir une classification, et cette forme est dite « corporation ».

Il ne faut d'ailleurs pas confondre la corporation et la société. Tandis que par définition une société se compose toujours de plusieurs personnes, il se peut que la corporation ne comprenne qu'un seul individu ; elle reçoit dans ce cas particulier le nom de « corporation sole ».

Ce n'est pas cette dernière forme de corporation qui nous intéresse ; il ne sera question ici que des sociétés agrégates, qui supposent, comme leur nom l'indique, la réunion de plusieurs personnes.

La corporation est un être moral, distinct des personnes physiques qui la composent ; c'est pourquoi on ne peut mieux traduire cette expression, en droit français, que par le mot « personne morale ».

Comme tous les groupements investis de la personnalité morale, la corporation peut donc ester en justice, en son nom propre, sans que le nom de ses membres figure, soit dans la demande, soit dans l'assignation.

D'autre part, elle n'est pas dissoute par la mort de l'un de ses membres.

Enfin, les créanciers de la Corporation sont payés sur les biens de celle-ci avant les créanciers personnels des membres de la corporation.

Les personnes qui veulent exploiter en commun la même entreprise ont donc à choisir entre deux types de sociétés : les sociétés incorporées, qui ont la personnalité morale, et les sociétés non incorporées qui en sont privées. Telle est la distinction principale qu'établit entre les diverses sociétés du Royaume-Uni l'acte du 21 décembre 1908, article 1^{er}.

138. — A) SOCIÉTÉS INCORPORÉES. — Les sociétés incorporées doivent compter à l'origine sept membres au minimum, qui établissent ce qu'on appelle le « memorandum » de fondation, c'est-à-dire l'acte de fondation, qui correspond aux statuts de nos sociétés.

L'acte de 1908 distingue deux sortes de sociétés incorporées. Les « public companies » et les « private companies » qui sont de beaucoup les moins importantes.

Les private companies se rapprochent de nos sociétés à responsabilité limitée, réglementées par la loi du 8 mars 1825.

Par rapport à l'ensemble des sociétés incorporées, elles jouissent d'un régime un peu spécial. Exceptionnellement, elles peuvent compter moins de sept membres, au moment de leur formation ; quant au nombre maximum des associés, il ne doit pas dépasser cinquante. Pour la constitution des « Private companies », les formalités à observer sont réduites au minimum. D'autre part, ces sociétés ne sont pas astreintes à publier leur bilan. Enfin, dernière particularité, les actions ne peuvent être cédées qu'avec le consentement du Conseil d'administration.

Quant aux « Public companies », elles comprennent plusieurs catégories de sociétés.

1^o C'est en premier lieu : la société à responsabilité illimitée, sans actions, type excessivement rare, qui est, dans la pratique remplacée par la « Partnership », mais la société à res-

ponsabilité illimitée est investie de la personnalité morale, avantage qui est refusé, par contre, à la « Partnership ».

2^o Vient ensuite la société à responsabilité illimitée avec actions.

Les actions sont nominatives puisque les associés encourent une responsabilité illimitée sur tous leurs biens ; mais elles peuvent être librement cédées.

Les « Public companies » comptent encore deux sortes de sociétés mais à responsabilité limitée. Les « sociétés à responsabilité limitée à garantie », « by guarantee », dont les actions sont cessibles. Elles présentent cette particularité qu'au delà de l'action, il y a un excédant qui peut être appelé, mais seulement dans l'intérêt des créanciers. Nous en connaissons pas en France ce type de société.

Enfin, les « Sociétés à responsabilité limitée à garantie sans actions » sont les mêmes que les précédentes, avec cette différence, toutefois, que les parts des associés ne sont pas cessibles. On les emploie fréquemment, en matière de contrats d'assurances, car elles offrent une grande sécurité aux associés.

139. — B) Nous arrivons aux sociétés non incorporées, qui n'ont pas la personnalité morale. Ce sont les « Partnerships ». La « partnership » qui ne constitue pas « at law » une personne morale distincte, ne peut pas ester en justice comme telle et sous sa raison sociale (1).

L'article 1, alinéa 1 du Partnership, Act de 1890 (2) définit ainsi ce type de sociétés :

« La Partnership est le lien juridique existant entre des personnes engagées dans une entreprise commune en vue d'en tirer un profit. » (L'expression « entreprise » « business » comprenant tout commerce, toute occupation ou profession).

Il faut distinguer deux sortes de Partnerships :

1. Il en est autrement en Ecosse, où la société est une personne indépendante, dont les associés ne sont personnellement que les cautions (BELL, commenté par SHAW).

2. 53 et 54 Vict. C. 39.

Les « ordinary partnerships » et les « limited partnerships ».

1^o Les « ordinary partnerships » présentent une analogie évidente avec les sociétés civiles et en nom collectif du droit français.

Ce sont des sociétés de personnes où l'*intuitus personæ* (personal confidence) joue un rôle prépondérant.

Leurs caractéristiques sont les suivantes :

La mort d'un associé dissout la partnership (art. 33 du P. A., 1890) (1). D'autre part, chaque membre est gérant, les associés sont liés par les actes de leurs collègues, relatifs aux affaires ordinaires de la société.

Enfin, les associés sont solidairement et indéfiniment responsables en ce qui concerne le passif social. Il faut cependant établir la distinction suivante :

« At law » les associés ne sont tenus que conjointement des dettes sociales, de sorte que le créancier qui s'adresse à un tribunal ordinaire pour obtenir le paiement est obligé de les mettre tous en cause.

« In equity », ils sont réputés solidaires (joint and several). Il en résulte que si l'un d'eux vient à mourir, son « estate » est considéré par les Cours d'équité comme servant de gage aux créanciers sociaux dont les titres sont antérieurs au décès, et ces créanciers peuvent, s'ils le jugent à propos, s'en prendre tout d'abord au dit « estate », encore que les survivants ne soient pas insolvable, et sauf aux représentants du défunt à réclamer à ces derniers le remboursement de leurs parts respectives dans la dette (2).

2^o Les « limited partnerships » ont été introduites par le « Partnership Act » de 1907 (3). Elles se rapprochent des sociétés en commandite du droit français, et comprennent comme ces dernières deux catégories d'associés, dont la responsabilité n'a pas la même étendue. Ce sont : les « General partners » et les « limited » ou « sleeping partners ».

1. *Annuaire législat. comparée*, 1890, p. 74.

2. Ernest LEHR, *Eléments de droit civil anglais*, p. 586.

3. L. P. A., 1907 ; E. D. W., VII, C. 24 et A. L. C., année 1907, 2^e sér., p. 28-32.

Les premiers gèrent les affaires sociales et sont tenus sur tous leurs biens, et sans limite du passif de la société. Leur situation est donc analogue à celle des commandités.

Les « sleeping partners », comme le fait supposer le nom si expressif qui leur a été donné, ne doivent pas s'immiscer dans la gestion des affaires de la société. Par contre, ils possèdent un droit de contrôle et de délibération. Ils ne sont tenus des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leur apport.

Les « limited partnerships » doivent être enregistrées comme telles. A défaut d'exécution des formalités de publicité requises, elles sont réputées « ordinary partnerships » et les « sleeping partners » perdent le bénéfice de la limitation de leur responsabilité. Ils sont réputés gérants (1).

Enfin, la mort d'un associé ne dissout pas la « limited partnership ».

140. — II. — Il y a donc, en résumé, une opposition marquée entre l'« ordinary partnership » et la « company ».

Dans la première de ces sociétés, la considération de la personne des associés prend une importance capitale, tandis que la « personal confidence » ou « dilectus personarum » est très restreinte dans la « company ». Elle se compose généralement d'un grand nombre d'associés, qui ne se connaissent pas, et elle est fondée moins sur des considérations de personnes que sur l'apport des capitaux de ses membres.

Nous retrouvons donc en droit anglais, la distinction française des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux.

En principe, en droit anglais, comme en droit français, la mort d'un associé dissout la société de personnes. Il peut, cependant, en être autrement si les parties l'ont convenu ; elles ont le droit de stipuler que cette cause de dissolution sera écartée et que la société continuera, soit entre les survivants seulement, soit entre les survivants et les héritiers de l'associé prédécédé.

C'est ce qui résulte de l'article 33 du P. A. de 1890. « Sauf

1. Art. 5, L. P. A., 1907 ; A. L. C., 1907, 2^e sér. p. 27.

autre convention, la « partnership » est dissoute à l'égard de tous ses membres par la mort. »

La clause de survie doit être prévue expressément par les statuts pour qu'à la mort d'un associé la dissolution de plein droit (by operation of law) soit évitée.

141. — 1^o Nous rechercherons de quelle façon se régleront les droits des héritiers exclus, si la continuation de la société doit avoir lieu seulement entre les associés survivants.

L'article 42 du Partnership Act répond à cette question :

ART. 42. — Lorsqu'un associé est mort ou a cessé pour une raison quelconque de faire partie d'une société et que celle-ci a continué, cet associé ou ses ayants cause, qui le peuvent à son défaut peut demander tel dividende que les tribunaux jugeraient convenable d'attribuer à sa part dans la société, ou l'intérêt de 5 % du montant de ce qu'il peut prétendre sur le capital social, à moins toutefois, que les statuts n'aient réservé aux associés survivants ou continuants le droit de racheter la part du défunt ou du sortant et qu'ils aient usé de ce droit.

ART. 43. — « A moins de convention contraire, la part de l'associé sorti ou décédé est une dette qui prend date du jour de la dissolution ou de la mort. »

AL. 2. — « Le fait de prendre part aux bénéfices d'une entreprise est *prima facie* une présomption de participation dans une partner. Il en est, toutefois, autrement lorsqu'il s'agit de sommes payées en l'acquit d'une dette ou bien d'une part dans les bénéfices, promise à des ouvriers ou des employés. Le fait par eux de toucher une part des profits ne les rend pas membres d'une « partnership ».

De même, la veuve ou les enfants d'un « partner » décédé, qui continuent de recevoir sa part de profits de l'entreprise, ne sont pas pour cela membres de la partnership, ni soumis à la responsabilité que cette qualité comporte. »

Il faut conclure de ce qui précède que, dans le cas où la société continuerait seulement entre les survivants, les héritiers de l'associé prédécédé ne pourront pas retirer la part du

défunt. Ils n'auront droit qu'au dividende qu'elle produit.

Les droits des héritiers dans la société prorogée peuvent être déterminés dans les statuts par une stipulation expresse. Si les associés n'ont rien dit, les héritiers ont le choix entre deux solutions :

Ils peuvent demander tel dividende que les tribunaux jugeront convenable d'attribuer à la part du défunt,

ou bien demander l'intérêt de 5 % l'an du montant auquel il peut prétendre dans le capital social.

La question se pose alors de savoir s'il faut comprendre le fonds de réserve dans le capital qui servira de base au calcul du dividende ou de l'intérêt.

Le silence de la loi sur ce point soulève les mêmes difficultés qu'en droit français, et il faut les résoudre pareillement, car le caractère du fonds de réserve est le même dans les deux législations. Non seulement ; il est destiné à protéger les associés contre les pertes futures, mais il constitue, d'autre part, un complément de gage du capital social, et par là, il renforce le crédit de la société.

142. — 2^o Enfin, les associés peuvent convenir expressément que la société continuera avec leurs héritiers.

En pareil cas, la clause n'est pas obligatoire pour les héritiers. Elle leur confère simplement une option : celle d'entrer dans la société aux lieux et place du défunt ou de refuser d'y entrer, sans que ce dernier parti puisse les obliger à payer des dommages-intérêts aux survivants (1). Les héritiers majeurs et maîtres de leurs droits qui entrent dans la société deviennent des associés indéfiniment responsables.

Quant aux héritiers mineurs, ils bénéficieront de la clause de survie dans les termes du droit commun.

En droit anglais, le mineur peut contracter une société, mais il a le droit de la faire annuler à son gré, pendant toute sa minorité et la période de temps qui la suit, dite de « reasonable time ». Le mineur peut se faire rembourser en cas de

1. JENKS, 598. Thèse sur la Partnership, 1923.

rescision du contrat de société, toutes les sommes qu'il aurait versées à raison de ce contrat, s'il n'en a retiré aucun avantage (1), mais tant qu'il restera membre de la société, tout l'actif qu'il aura apporté à la société sera dans les rapports du mineur et de ses coassociés appliqué au règlement du passif de la société (2).

143. — LA CONTINUATION DE LA SOCIÉTÉ POUR LES BESOINS DE LA LIQUIDATION. — Quand le décès d'un associé a mis fin à la société, celle-ci ne disparaît pas immédiatement ; elle se survit jusqu'à l'achèvement des opérations engagées au moment de sa dissolution (même solution qu'en droit français). Les associés survivants sont responsables pour tous les actes que nécessite la liquidation, mais il n'y a plus ni lien d'association, ni mandat réciproque entre les associés survivants et les représentants de l'associé défunt (3).

Quant aux associés qui ont traité avec la société sans avoir connaissance du décès d'un associé, ils peuvent se prévaloir de l'existence de cette société (art. 33, *a contrario*).

1. CORPE et OVERTON, 1833, 10 ; BING, 522 ; Hamilton c. Vaughan Sherrin Electrical Co, 1894, 3 ch. 589.

2. Lovell c/ Beauchamp, 1894, A. C., p. 611.

3. Ernest LEHR, *op. cit.*

CHAPITRE III

Droit allemand

144. — I. — Le droit allemand distingue comme le droit français, deux classes de sociétés : les sociétés civiles et les sociétés commerciales.

Les premières ont pour objet des opérations purement civiles et ne sont revêtues d'aucune des formes en usage pour les sociétés de commerce. Appartiennent à ce groupe les sociétés agricoles non enregistrées.

En droit civil, la notion de société ne comprend que des communautés de personnes, non pourvues de la personnalité juridique, ce ne sont donc pas des corporations. La société civile est entièrement régie par les règles du droit romain qui n'ont subi, dans le droit commun allemand et dans les législations particulières, que peu de modifications (1).

Quant aux sociétés commerciales, elles se sont constituées spécialement pour faire le commerce, ou bien elles ont revêtu la forme d'une société de commerce, malgré le caractère civil des opérations qu'elles poursuivent.

Il existe, en droit allemand, plusieurs sortes de sociétés commerciales qui correspondent aux types connus en droit français, au moins d'une manière générale.

Elles peuvent être groupées selon qu'elles sont ou non dotées de la personnalité morale. Il faut alors distinguer :

A) Les sociétés dépourvues de personnalité juridique, c'est-à-dire :

1. BRAUN, *Droit civil allemand*, 1893.

1^o La société en nom collectif (Offene Handelsgesellschaft).

2^o La société en commandite simple (einfache Kommanditgesellschaft).

3^o La société tacite (Stillegesellschaft). Sorte d'association en participation qui n'est pas dissoute par la mort de l'un de ses membres.

B) Les sociétés ayant la personnalité juridique, qui sont les suivantes :

1^o La société par actions (Aktiengesellschaft).

2^o La société à responsabilité limitée (Gesellschaft mit beschränkter Haftung).

3^o L'association enregistrée (Eingetragene Genossenschaft).

4^o La société d'assurance mutuelle (Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit).

C) Citons enfin les sociétés commerciales de caractère mixte, où la personnalité appartient non pas à la société elle-même, mais à un groupement d'associés, ce type est représenté par la société en commandite par actions « Kommanditgesellschaft auf Aktien » dans laquelle la personnalité juridique appartient à la collectivité des commanditaires ?

145. — La Société en nom collectif est celle qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale commune. Ses associés sont donc responsables indéfiniment du passif social (1), et en première ligne, à titre de codébiteurs solidaires. Ils sont obligés à répondre « haftpflichtig ». Cette société est fondée sur la considération de la personne de ses membres. Il en résulte qu'en principe, la mort de l'un d'entre eux dissout la société (2).

La société en commandite simple est celle qui a pour objet de faire le commerce. Elle se compose de deux sortes de membres : d'une part, les commanditaires (kommanditischen) qui ne sont responsables des dettes sociales que jusqu'à concur-

1. Art. 105 du Code de comm. de 1897.

2. Art. 131 C. com. allemand de 1897,

rence du montant de leurs apports respectifs, d'autre part les commandités (persönlich haftende Gesellschafter) qui sont responsables personnellement et sans limites (art. 161 C. com., 1897).

L'article 177 du Code civil allemand déclare que la commandite simple n'est pas dissoute par la mort d'un commanditaire, ce qui supprime les discussions que nous avons rencontrées à ce sujet en droit français.

146. — La société en commandite par actions est une variété de la commandite simple. Elle se compose également de deux sortes d'associés, il y a d'une part les commandités qui sont personnellement responsables du passif social, et d'autre part les commanditaires qui n'en sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs apports divisés en actions.

Même si l'objet de son entreprise n'est pas une exploitation commerciale, la société en commandite par actions est toujours commerciale (1).

Il n'existe pas de différence entre la situation du commandité dans la commandite simple et celle du commandité dans la commandite par actions.

D'autre part, dans l'une et l'autre de ces sociétés, la mort d'un commanditaire n'est pas une cause de dissolution, mais en dehors de ces points communs une différence importante est à signaler : nous avons vu que les commanditaires par actions constituent une collectivité, un corps pourvu de la personnalité juridique, capable en cette qualité, d'ester en justice à titre autonome.

La société par actions est une entité corporative qui se consacre à une entreprise quelconque. Elle est composée d'associés qui participent par des apports au capital de la société divisé en actions, sans être tenus personnellement des obligations de la société (2). Il s'agit donc d'une société de capitaux analogue à notre société anonyme, sur la durée de laquelle la mort d'un associé est sans influence.

1. C. com. nouveau, p. 286 à 289, art. 320, al. 3, 240, col. 2.

2. Art. 178 du C. com. allemand de 1897 et Cosack, p. 3, n° 114.

La société à responsabilité limitée est une société composée de deux ou plusieurs membres qui ne sont responsables du passif social que jusqu'à concurrence du montant de leurs apports. La part d'associé est en principe inaliénable entre vifs, mais la société n'est pas dissoute par la mort de l'un de ses membres.

Les sociétés à responsabilité sont régies par la loi d'empire du 20 avril 1892, modifiée par la loi d'introduction au Code de commerce, nouvel article 2.

147. — L'Eingetragene Genossenschaft, association enregistrée qui correspond à la société coopérative du droit français, est régie par la loi d'empire du 1^{er} mai 1887, modifiée par la loi d'empire du 12 août 1896 et par la loi d'introduction du Code de commerce nouveau (art. 10).

Elle ne peut avoir pour objet qu'une exploitation économique ayant pour but de faciliter à ses membres des acquisitions ou une exploitation économique. D'autre part son caractère est toujours commercial (art. 17 de la loi d'empire du 1^{er} mai 1889).

L'association doit être inscrite sur un registre des associations, et non sur le registre du commerce, comme la société par actions, ce qui contribue à l'en distinguer.

Elle a sa personnalité juridique propre. La qualité personnelle des membres qui la composent n'étant pas prise en considération, il en résulte qu'elle n'est pas dissoute par la mort de l'un d'eux.

Quant à la « gegenseitigkeitsverein », elle a pour principal objet l'exploitation de l'assurance mutuelle. Elle doit être inscrite au registre du commerce, en vertu d'une déclaration de la direction et du comité de surveillance.

Contrairement à ce qui a lieu pour la société par actions, la société d'assurances mutuelles est valablement constituée, non pas seulement lors de l'inscription au registre du commerce, mais dès la décision de l'autorité de contrôle qui l'autorise à fonctionner (1). En pareil cas, on dit que l'inscription de

1. COSACK, t. 3, n° 131 ; II, 3° et 4°.

l'assurance mutuelle au registre du Commerce est déclarative et non créatrice de droit.

La « Gegenseitigkeitsverein » est considérée comme un commerçant, elle constitue une personne morale, et le décès d'un associé n'entraîne pas sa dissolution.

148. — II. — La mort d'un associé met fin aux sociétés civiles, de toutes les sociétés commerciales qui viennent d'être examinées les seules qui prennent en considération les qualités personnelles de leurs membres, et qui par suite, doivent être dissoutes par le décès de l'un d'entre eux, sont les suivantes :

1^o L'« offene Handelsgesellschaft » qui constitue, comme notre société en nom collectif, le type parfait des sociétés de personnes.

2^o La commandite simple et la commandite par actions, en ce qui concerne la personne des commandités ; la mort de ces derniers dissout la société sur la durée de laquelle la mort d'un commanditaire reste au contraire sans influence.

Le principe, en vertu duquel, la mort d'un associé met fin à la société, n'est pas plus absolu en droit allemand qu'en droit français, et les mêmes tempéraments y sont apportés.

Deux clauses sont donc en usage : L'une permet la continuation de la société seulement avec les associés survivants et l'autre la permet avec les associés survivants et les héritiers de l'associé prédécédé.

149. — Nous ne rencontrerons pas en droit allemand les discussions qu'a soulevées en droit français la question de savoir si la clause de continuation était obligatoire pour les héritiers de l'associé prédécédé.

L'article 139 du Code de commerce nouveau déclare, en effet, que la clause de survie n'est pas obligatoire pour les héritiers. Ils peuvent donc accepter la succession de leur auteur, tout en refusant d'entrer dans la société prorogée.

D'autre part, le cas des mineurs a été spécialement prévu par le législateur.

En droit français, la doctrine est partagée sur le point de

savoir dans quelle mesure ils sont tenus du passif social, antérieur et postérieur à la succession.

Ces difficultés n'existent pas en droit allemand. Ils sont tenus sans limite, mais avec un tempérament important.

L'article 139 du Code commercial allemand nouveau s'exprime ainsi :

« Lorsque le contrat stipule qu'en cas de mort d'un associé, la société doit être continuée avec les héritiers, chaque héritier qui veut rester dans la société, peut poser comme condition qu'il soit admis comme commanditaire, qu'on lui laisse en même temps ce qui lui revient dans les bénéfices réalisés, et que la part lui revenant dans les apports du défunt, soit reconnue comme son apport personnel dans la commandite.

« Dans le cas où les autres associés n'accepteraient pas une demande semblable de l'héritier, ce dernier serait en droit de déclarer qu'il sort de la société sans être tenu à l'observation d'aucun délai de dénonciation.

« L'héritier ne pourra faire valoir les droits sus-mentionnés que pendant un délai de trois mois à dater du moment où il aura connaissance de la succession qui lui est échue. Les dispositions relatives à ce délai sont réglées par l'article 206 du Code civil relatif à la prescription.

« Lorsqu'à l'expiration du délai de trois mois, le droit de renoncer à la succession ne se trouve pas prescrit, le délai ne prend pas fin avant l'expiration du délai pour la renonciation.

Lorsque dans le délai prévu par l'alinéa 3, l'héritier se retire de la société, ou que la société est dissoute dans ce délai, ou que l'héritier est admis comme commanditaire, il n'est tenu des engagements antérieurs de la société que dans les limites fixées par les dispositions du droit civil sur la responsabilité des héritiers à raison des obligations de la succession.

Ces solutions sont conformes aux principes du droit allemand successoral qui sont à l'opposé des nôtres et des idées romaines. C'est Dieu et non l'homme qui fait l'héritier. La famille a un droit naturel (originaire et non dérivé, à la succession) ; elle en était même primitivement copropriétaire

du vivant du *de cuius*. L'héritier n'est donc pas un continuateur de la personne du défunt qu'il ne représente pas. Il n'est, par suite, tenu des dettes que dans la mesure de son émoulement (1).

150. — Plusieurs conséquences résultent de l'article 139 du Code de commerce.

Les héritiers majeurs ont une option à exercer : ils peuvent en premier lieu laisser passer le délai pendant lequel ils ont le droit de demander à entrer dans la société prorogée en qualité de commanditaires.

Ils conservent alors le titre d'associés en nom, avec toute les conséquences qui en résultent au point de vue de leur responsabilité dans le délai passif social.

Cette règle sera-t-elle modifiée dans le cas où l'héritier aura accepté la succession sous bénéfice d'inventaire ?

En raison d'une doctrine et d'une jurisprudence presque unanimes et contrairement aux solutions admises en France et en Italie, il convient de répondre à cette question par la négative.

D'après un arrêt fondamental du Tribunal supérieur de l'Empire allemand du 17 mars 1886 (2) celui qui accepte la succession devient associé à responsabilité illimitée, même s'il a accepté sous bénéfice d'inventaire, car l'organisation légale des sociétés en nom collectif est incompatible avec une société à responsabilité limitée.

Cette doctrine est d'ailleurs conforme aux traditions historiques et législatives du droit allemand et plus particulièrement du Code civil prussien (art. 278, 282). Le Code civil autrichien l'approuve également (art. 1207, 1208, 1216) et dans l'article 1208, il tranche la question de la même façon que l'arrêt de 1886 ; si la société accepte expressément les héritiers, ceux-ci, s'ils ont accepté la succession, sont tenus d'observer la volonté du défunt.

1. BRAUN, *op. cit.*

2. ENTSCIED, XVI, p. 40-601. — *Contra* : dans la *Zeitschrift de Goldschmidt*, vol. XXV, p. 119 et suiv.

151. — D'autre part, ils peuvent réclamer la qualité de commanditaires ; cette demande leur donnant le droit de se retirer de la société, s'il n'y est pas fait droit par les associés survivants.

De l'option que nous signalons, il résulte que la clause de continuation ne présente pas un caractère obligatoire à l'égard des héritiers majeurs.

Quant à l'héritier mineur, il ne peut entrer dans la société prorogée qu'en prenant la qualité de commanditaire.

En ce qui concerne le passif social antérieur à l'ouverture de la succession, l'héritier mineur de même que le majeur (lorsque ce dernier exerce l'option qui lui est offerte par l'article 139 du Code de commerce) ne sont donc pas tenus au delà de l'actif successoral qu'ils recueillent.

Pour l'application de l'article 139 du Code de commerce, plusieurs cas peuvent se présenter :

1^o L'associé prédécédé faisait partie d'une société en nom collectif. Cette société se trouve transformée en commandite simple à l'égard de l'héritier.

2^o Le défunt était un commandité. La nature de société ne change pas, l'héritier augmente seulement le nombre des commanditaires.

Enfin, dans un cas spécial la transformation d'une part de commandité en une part de commanditaire, entraînera la dissolution de la société. Il faut supposer, pour cela que l'associé prédécédé soit l'unique commandité.

152. — Quels sont les droits de l'héritier qui se retire de la société ?

Si cette retraite n'entraîne pas la dissolution de la société, la part de l'associé prédécédé, dans le patrimoine social est dévolue par accroissement aux associés survivants. Il y a là une cession conditionnelle de la part de chaque associé à ses coassociés, au cas où il mourrait avant eux, cession qui est faite à titre de vente :

Cette solution ne donne lieu à aucune difficulté en droit allemand où les pactes sur successions futures sont permis.

Il faut faire entrer la valeur du fonds de réserve dans le calcul de la part qui revient au défunt. L'article 738 du Code civil allemand pose nettement cette règle. Il décide, en effet, que les associés survivants sont obligés envers l'associé sortant ou l'associé prédécédé à payer ce qu'il aurait obtenu dans la liquidation si la société avait été dissoute au moment de sa sortie. Or, le fonds de réserve doit être partagé au moment de la dissolution de la société. Les discussions que nous avons rencontrées en droit français, à ce sujet, donc sont évitées.

153. — Si la dissolution se produit de plein droit pour cause de mort d'un associé, elle n'est cependant pas opposable aux tiers, avant l'accomplissement de certaines formalités. C'est ce qu'exprime l'article 143, alinéas 1, 2, 3, 4, du Code commercial nouveau. Lorsqu'il y a lieu de décider que la mort d'un associé ou la retraite de son héritier ont eu pour cause la dissolution de la société, les associés survivants sont tenus de déclarer l'un de ces deux résultats au tribunal pour être inscrit sur le registre du commerce. Cette inscription pourra se faire aussi sans le concours des héritiers si ce concours est entravé par des empêchements particuliers.

Cette inscription a un effet confirmatif de droit « Rechtsbestärkend », en ce sens que tant qu'elle n'a pas été prise, la société est considérée comme existante au profit des tiers.

154. — L'héritier doit supporter dans la limite des forces de la succession les opérations de la société en liquidation. « Du fait de la dissolution, elle n'est pas effectivement anéantie. Après la dissolution, commence une survie « nach leben » de la société (Gierke, page 84). La société qui continue à exister voit seulement modifier son caractère juridique. C'est ainsi que la société en nom collectif est devenue une « société en nom collectif en liquidation » (offene Liquidationsgesellschaft) (2). »

1. COSACK, t. 3, p. 109.

2. Art. 143 C. comm.

La survie continue jusqu'à la fin de la liquidation, dont la déclaration est faite par le liquidateur au tribunal de commerce afin qu'elle soit mentionnée sur le registre du commerce (1).

1. HÖLDEKE, *Survivance de la société en nom collectif pendant la liquidation* ; BRAUN, Code de commerce nouveau, art. 157, al. 1 ; COSACK, t. 3, p. 109.

CHAPITRE IV

Droit soviétique

155. — I. — La législation soviétique étant la plus évoluée des législations modernes, il nous a paru intéressant de donner ses solutions en ce qui concerne les sociétés de personnes et leur continuation par les héritiers.

La Révolution a réglé sur les principes du communisme l'organisation économique de la Russie ; on peut donc supposer que seules, ont survécu, des institutions capitalistes, celles qui sont trop essentielles et fondamentales, pour ne pas se trouver à l'abri des plus grands bouleversements politiques, économiques et sociaux.

Les sociétés de personnes, pendant la révolution russe, avaient cessé de fonctionner par extinction d'objet, car leurs biens s'étaient trouvés confisqués ou nationalisés par le gouvernement soviétique ? Mais, si elles avaient disparu en fait, en droit, aucune règle ne s'opposait à leur création ou à leur fonctionnement. L'Etat permit toujours aux particuliers une certaine activité économique que rien ne les empêchait d'exercer avec d'autres. Mais les sociétés en nom collectif ou en commandite, étant d'origine bourgeoise, risquaient par là d'exposer leurs membres à un réel danger, de sorte que la situation de droit n'influa pas sur le fait lui-même (1). « des groupements poursuivant des buts économiques se continuaient et revêtaient la forme de sociétés

1. *Droit civil et commercial des Soviets*, 23, 19, 30, par Basile ELIACHEVITCH, le Baron Boris NOLDE et Paul TAGER, Préface de M. Henri CAPITANT.

coopératives qui passaient pour être relativement démocratiques, mais de toute façon, la forme juridique des sociétés de personnes ne fut pas supprimée par la législation soviétique ».

Au contraire, elle avait eu l'intention de supprimer radicalement les sociétés de capitaux, d'en détruire la forme même, mais les conditions de la vie économique, en Russie, ne se prêtaient pas à cette réforme. Les entreprises exigent, dans ce pays, la réunion d'importants capitaux. Or, la Révolution a détruit les grandes fortunes, et ceux qui possèdent encore des capitaux, tiennent avant tout à limiter leurs risques lorsqu'ils exercent le commerce. Il n'est donc pas surprenant qu'en 1922, les sociétés anonymes aient été rétablies, en faisant l'objet, toutefois, d'une sévère réglementation. On a pu dire, en effet, que le gouvernement suivait les sociétés par actions « comme leur ombre ».

156. — En droit soviétique, comme en droit français, il faut donc distinguer deux classes de sociétés : les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux ; les sociétés à responsabilité limitée formant entre ces deux groupes de sociétés, une catégorie intermédiaire.

Il y a cinq sortes de sociétés :

- 1^o La société simple ;
- 2^o La société en nom collectif ;
- 3^o La société en commandite simple ;
- 4^o La société à responsabilité limitée.
- 5^o La société anonyme.

Le législateur soviétique a procédé de la même manière que le législateur suisse. Il a envisagé séparément chaque société, énumérant les règles particulières qui les concernent, et il ne s'est pas soucié de faire précéder ces dispositions fragmentaires d'un exposé des principes généraux qui régissent la matière des sociétés.

Il est cependant possible de les dégager de certains textes, et de les appliquer ensuite à n'importe quelles sociétés, pour le cas où la loi n'a rien prévu ou dans le silence du pacte

social. Ces principes sont contenus dans la section consacrée aux sociétés simples qui représentent le type primitif de la société réduite à ses règles essentielles. Il faudrait donc appliquer ces principes à toutes les sociétés qui n'admettent pas expressément les règles contraires (SCHRÖTER, *le commerce intérieur*, 1926).

La loi semble admettre elle-même ce raisonnement, puisqu'à propos des sociétés en nom collectif et en commandite, elle renvoie aux règles établies pour la société simple (art. 299 et 313). L'énumération qu'elle fait de ces dispositions n'est d'ailleurs pas limitative ; c'est ainsi qu'elle ne comprend pas l'article 286, alinéa 1, d'après lequel le droit de faire partie de la société simple ne peut être transmis sans le consentement des autres associés (1). Il est cependant hors de doute que cette disposition doive également s'appliquer aux sociétés en nom collectif et en commandite.

157. — *La société simple* est définie par l'article 276 : « Par le contrat de société, deux ou plusieurs personnes s'engagent l'une envers l'autre à réunir leurs apports et à agir ensemble pour atteindre un but économique commun. »

La société simple n'est pas un groupement ayant pour objet une entreprise permanente ; la loi lui refuse la personnalité, bien que ce point soit contesté. Elle n'est pas immatriculée au registre du commerce, enfin, elle n'a pas de raison sociale et ses membres ne sont pas tenus indéfiniment.

ART. 287. — Chaque associé répond des dettes communes proportionnellement à sa part de participation dans la société, si le contraire n'a pas été prévu dans le contrat de société, on ne présume pas la responsabilité solidaire des associés pour les dettes communes.

La société en nom collectif est celle dont tous les membres exercent un commerce ou une industrie sous une firme commune (raison sociale) et répondent des obligations de la société sur la totalité de leur patrimoine comme débiteurs solidaires (art. 295 C. civ.).

1. *Droit civil et commercial des Soviets, op. cit.*

La société en nom collectif est immatriculée au registre du commerce, et contrairement à la société simple, elle est pourvue de la personnalité juridique.

Est réputée *société en commandite* celle qui est constituée pour gérer sous une firme commune (raison sociale) un commerce ou une industrie et qui se compose d'un ou de plusieurs participants responsables sur la totalité de leur patrimoine envers les créanciers de la société (associés à responsabilité illimitée) et de un ou plusieurs participants dont la responsabilité est limitée à leurs apports (bailleurs de fonds, commanditaires).

Comme la société en nom collectif, la société en commandite a la personnalité morale, et elle est immatriculée au registre du commerce, mais dans sa raison sociale, ne peuvent figurer que les noms des commandités.

La société à responsabilité limitée est intermédiaire entre les sociétés de personnes et de capitaux. Elle a également la personnalité juridique. La responsabilité de ses membres est limitée, non au montant de leur apport, mais à un multiple de cet apport, tel qu'il est établi par les statuts. Ce sont les statuts qui régissent presque entièrement ce genre de sociétés.

158. — II. — En droit soviétique, les sociétés de personnes présentent les mêmes caractères que dans les autres pays : elles sont fondées sur la considération de la personne de leurs membres, il s'ensuit que les associés ne peuvent disposer de leur part dans le patrimoine social (art. 266) et que la mort de l'un d'eux ou son incapacité dissout la société. C'est ce qu'exprime l'article 289 qui prévoit les causes de dissolution :

ART. 289. — La société cesse sauf les exceptions indiquées aux articles 290-292.

a) Par suite de la mort de l'un quelconque des associés ;

b) Si l'un quelconque des associés est déclaré incapable ou insolvable.

L'article 289 est écrit pour les sociétés simples, mais il

s'applique également à la société en nom collectif et à la commandite. Cela résulte en effet des articles 299 et 313.

Le principe d'après lequel le décès d'un associé met fin à la société, n'est cependant pas absolu, et le législateur russe permet qu'il y soit fait exception au moyen de l'une des deux clauses suivantes :

La société, malgré la mort de l'un de ses membres, continuera avec les associés survivants seuls ;

Elle continuera avec les associés survivants et les héritiers du défunt.

ART. 290. — « Dans le cas de décès d'un associé, la société continue si le contrat de société contient une clause sur la séparation de la part de l'associé décédé ou le remplacement de celui-ci par ses héritiers légitimes ou testamentaires ou par une institution à laquelle l'avoir du défunt est transmis conformément à la loi. »

Alors qu'en droit français, la clause de continuation avec les héritiers peut intervenir pendant toute la durée de la société, mais qu'une convention postérieure au décès de l'associé, ne donnerait lieu qu'à une continuation de fait de la société, ou à la formation d'une société nouvelle irrégulière, en droit soviétique, la société peut être valablement prorogée après le décès de l'associé.

Toutefois, la majorité des auteurs soutient que cette décision doit toujours être prise à l'unanimité, et ce, même au cas où la gestion est régie par le principe majoritaire, car il ne s'agit pas là d'un acte de gestion proprement dit.

159. — QUELS SONT LES BÉNÉFICIAIRES DE LA CLAUSE ? —

Il nous faut d'abord déterminer le sens du mot héritier qui signifie les descendants directs du défunt (enfants, petits-enfants, l'époux survivant, et les personnes incapables de travailler ou indigentes, à la charge complète du défunt depuis un an au moins avant son décès (art. 418).

En droit soviétique, l'héritier ne doit pas être considéré comme le continuateur de la personne du défunt : c'est toujours un successeur aux biens qui n'est pas tenu au delà de

son émolument dans l'actif successoral. C'est une solution qui est d'ailleurs logique et même nécessaire, puisque la valeur globale des biens légués ne doit pas dépasser 10.000 roubles-or.

L'actif successoral étant ainsi limité, on ne comprendrait pas que l'héritier soit tenu indéfiniment du passif, qui en est la contre-partie.

L'héritier peut accepter la succession, tout en refusant d'entrer dans la société prorogée.

L'article 292 porte en effet que « dans les cas prévus par les paragraphes *b, c, d*, etc. de l'article 289, ainsi que dans le cas de décès de l'un des associés, si le remplaçant du défunt renonce à entrer dans la société, la société continue à condition que sa continuation dans lesdits cas soit prévue par le contrat de société, ou stipulée par accord des associés restants ».

Les incapables. — La question des incapables se pose également en droit soviétique, mais seulement à l'égard du mineur et de l'interdit, La femme mariée étant pleinement capable, peut contracter, sans autorisation de son mari une société de personnes, ou entrer dans une société déjà constituée.

D'autre part, elle peut faire partie de la même société que son mari, les contrats entre époux étant permis en droit soviétique.

ART. 106. — Les époux peuvent établir entre eux toutes les relations contractuelles patrimoniales permises par la loi. Les accords entre époux tendant à restreindre les droits patrimoniaux de la femme ou de l'homme, sont nuls et sans effet obligatoire, soit pour les tiers, soit pour les époux, qui ont la faculté, à tout moment, de refuser de les exécuter.

La solution du législateur soviétique, en ce qui concerne les contrats entre époux est donc absolument opposée à celle qui a prévalu en droit français.

Quant à la question de la continuation de la société par un héritier mineur, elle ne présente pas non plus les mêmes difficultés qu'en droit français.

Aux termes de l'article 5 du Code civil, il faut être majeur

et capable pour faire partie d'une société. Toutefois, le tuteur ou le curateur d'une personne incapable, peut constituer une société es qualité avec l'assentiment des organes supérieurs de tutelle ou de curatelle (Code de famille, art. 86, *g*) ; d'autre part, nous avons vu que la clause de continuation ne présente pas un caractère obligatoire à l'égard de l'héritier. L'héritier mineur peut donc accepter la succession de son auteur, et ne pas entrer dans la société prorogée.

La part de l'héritier exclus est payée en argent comptant, conformément au bilan au jour de la sortie de la société.

Lorsque la retraite de l'héritier entraîne la dissolution de la société, cette dissolution ne pourra être opposée aux tiers, si elle n'a été préalablement inscrite sur le registre du commerce.

En effet, toutes les modifications du contrat de société qui sont soumises à la publicité au moment de la constitution de la société doivent nécessairement être portées au registre du commerce.

Conclusion

I

160. — Au cours de cette étude, nous avons eu l'occasion de constater qu'en droit français l'application des clauses de continuation d'une société de personnes avec les héritiers se heurtait parfois à de grandes difficultés.

Elles sont de deux sortes et se rattachent, en premier lieu, à l'interprétation de l'article 1868.

La continuation de la société par les héritiers est liée, juridiquement, aux grands principes de notre droit sur la transmission des obligations (1122). Nous avons donc tranché la question de l'interprétation des clauses de prorogation dans le sens d'une interprétation extensive.

La signification restreinte que nous avons donnée au mot « héritier » ne doit d'ailleurs pas être considérée comme une contradiction à cette opinion ; un autre principe était en jeu ; il nous a paru nécessaire de respecter les traditions du droit français en matière successorale.

On peut critiquer l'article 1868 en ce qu'il règle les droits des héritiers exclus sur la base d'un partage, ce qui risque de supprimer l'efficacité de la continuation, en paralysant le fonctionnement de la société.

Les autres difficultés tiennent à l'insuffisance de certaines dispositions législatives.

La plus importante d'entre elles est celle qui concerne le cas de l'héritier mineur. Elle a été résolue par la jurisprudence dans un esprit qui s'inspire des besoins de la pratique et au moyen d'une construction juridique ingénieuse, mais

qui a pourtant suscité théoriquement des critiques dignes d'être prises en considération.

C'est pourquoi, malgré la sagesse de cette jurisprudence prétorienne, il faudrait imiter l'exemple de certaines législations étrangères, adopter, par exemple, la solution du Code civil allemand qui prévoit que le mineur entrera dans la société continuée en qualité de commanditaire.

Une autre difficulté se produit quand, par l'effet de la clause de continuation, deux époux se trouvent faire partie de la même société.

En pareil cas, il paraît regrettable de priver l'époux héritier du bénéfice d'une stipulation qui pourrait être une source d'enrichissement pour la communauté, sous ce prétexte que des dispositions surannées du Code interdisent les sociétés entre époux.

La jurisprudence, il est vrai, réussit parfois à donner satisfaction aux intérêts des parties malgré l'existence de ces principes. Il vaudrait mieux, cependant, reconnaître franchement qu'ils ne correspondent plus à l'état actuel des mœurs.

D'ailleurs, les incapacités qui frappent les époux rendent plus choquante encore l'inégalité qui en résulte quand on compare la situation de ceux-ci à celle des concubins. A une époque où le mariage est rendu fragile par le divorce, les lois sur la filiation naturelle ou même adultérine, il serait de bonne politique de la consolider en reconnaissant certains avantages aux époux.

II

161. — En dehors de ces réformes législatives d'ordre général, la modification des principes posés par les articles 1865 et 1868 du Code civil nous paraît indispensable.

A notre époque, la règle romaine de la dissolution d'une société de personnes par les héritiers, si elle correspond toujours à la nature de ces sociétés, a perdu, en fait, beaucoup de sa valeur et les clauses de continuation sont, en quelque

sorte, devenues des clauses de style dans tous les statuts. Pourquoi, dans ces conditions, ne pas transformer la situation de fait en situation de droit et ne pas renverser les solutions admises jusqu'à présent ?

Par suite, nous proposons la règle suivante :

A défaut de stipulation contraire des associés, la société continuerait de plein droit avec les héritiers du prédécédé, les parties, étant libres, par ailleurs, de réserver aux associés survivants le bénéfice de la continuation.

Ce serait en revenir à l'application pure et simple de l'article 1122. Il nous reste à voir quelles modalités d'application devra recevoir le principe de la continuation de plein droit pour que tous les intérêts en cause obtiennent satisfaction dans la mesure du possible.

Nous déterminerons ces modalités en nous basant sur cette idée que les parties ont voulu avant tout faciliter la continuation de la société. Elles atteindront le plus facilement ce but en admettant les règles suivantes :

1^o Le règlement des droits des héritiers exclus aura lieu en espèces et non en valeurs d'inventaire.

2^o L'estimation de la part sociale du défunt se fera sur la base du dernier inventaire. Nous avons montré, en effet, l'utilité de cette clause dont l'application, par ailleurs, ne risque pas de léser gravement les héritiers en dehors des périodes de crise économique.

3^o Enfin, les héritiers entreraient dans la société prorogée en qualité de commanditaires, solution qui tient compte à la fois des intérêts des associés survivants et de celui des héritiers. D'une part, les associés survivants n'auraient pas à craindre l'ingérence dans l'administration de la société de personnes dont ils ignorent les capacités.

D'autre part, rien ne s'oppose à ce que des héritiers mineurs fassent partie d'une société de commerce, en qualité de commanditaires.

La plupart de ces réformes ne peuvent s'appliquer qu'aux sociétés commerciales. Le nouvel article 1868 ne ferait donc que poser le principe de la continuation de plein droit des

sociétés de personnes avec les héritiers du prédécédé et ses dispositions seraient développées par un texte du Code de commerce.

Dans le Code civil, nous aurions la formule suivante :

« La société ne sera pas dissoute par la mort de l'un de ses membres, elle continuera avec les héritiers du prédécédé, à moins que les parties n'expriment la volonté contraire ou qu'elles ne préfèrent la continuation par les seuls associés survivants. Dans ce dernier cas, les associés survivants seraient tenus de payer en espèces aux héritiers exclus la valeur de la part sociale de leur auteur.

Dans le Code de commerce, nous aurions le texte suivant :

« La société ne sera pas dissoute par la mort d'un associé. Elle continuera d'exister entre les associés survivants comme seuls associés en nom et les héritiers de l'associé décédé qui seront simples commanditaires pour la part de capital de leur auteur dans la société, telle que cette part sera fixée par le dernier inventaire commercial ayant précédé le décès.

Vu : le Président de thèse,
HÉMARD.

Vu : le Doyen,
BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

Bibliographie

- ALAUZET. — *Code de commerce*.
- ARTHUYS (F.). — *Traité des sociétés commerciales*, 2 vol. Paris, 1906.
- BANOMYONG (Pridi). — *Le sort des sociétés de personnes à la mort d'un associé*. Thèse Paris, 1927.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL (A.). — *De la société, du prêt, du dépôt*, 3^e édit. Paris, 1907.
- BÉDARRIDE. — *Commentaires de droit civil. Sociétés*.
- BRAUN. — *Traité de Droit civil allemand*, 1893.
- COSACK (Konrad). — *Lehrbuch des Handelsrechts*, 7^e édit. Stüttgard, 1910, cité aussi dans la traduction française par Léon Mis, en 3 volumes, sur la 6^e édition allemande. Paris, 1904, 1907.
- DELANGLE. — *Des sociétés commerciales*, 2 vol. Paris, 1843.
- DELOISON. — *Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 2 vol. Paris, 1882.
- DESPEISSES. — *Des contrats*.
- DUVERGIER. — *Le Droit civil français*, par Toullier, continuation par Duvergier, *Du contrat de société*, Paris, 1839.
- ESMEIN. — *Histoire du droit*, 1921.
- ELIACHEVITCH (Basile). — *Le Baron Boris Nolde et Paul Tager*, préface de M. Henri Capitant, *Droit civil et commercial des soviets*, 1930.
- FUZIER-HERMANN. — *Code civil annoté*.
- GUILLERY (Jules). — *Des sociétés commerciales en Belgique*, 2^e édit., 3 vol. Bruxelles, 1882. Un supplément à la 2^e édition a paru en 1893.
- GUILLOUARD (L.). — *Traité du contrat de société*, 2^e éd. Paris, 1892.
- HÉMAR (Joseph). — *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait, Etude de jurisprudence et de droit comparé*, 2^e éd. Paris, 1926. *Eléments de Droit civil*, 2^e éd. Paris, 1932.

- HOUPIN (C.) et BOSVIEUX (H.). — *Traité théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 5^e éd., 3 vol. Paris, 1925.
- HÖLDECKE. — *Survivance de la Société en nom collectif pendant la liquidation*.
- HUC. — *Commentaire du droit civil*.
- JURIS-CLASSEUR COMMERCIAL. — *Traité des sociétés*, par Alfred Nast et Jean Michel, 7 vol.
- LEHR (Ernest). — *Eléments de droit civil anglais*.
- LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.). — *Traité de droit commercial*, 4^e éd., t. II, divisé en deux parties, Paris, 1908, 1909.
- MAY (Gaston). — *Eléments de droit romain*.
- MANARA (Ulisse). — *Della società e delle associazioni commerciali*. Partie générale, 2 vol. Turin, 1902, 1904.
- PIC. — Collection Thaller, *Traité général théorique et pratique de droit commercial. Des sociétés commerciales*, par Paul Pic, 3 vol. Paris, 1925.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*.
- PONT (Paul). — *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, 2^e éd., 2 vol. Paris, 1925.
- TAUZIN (Jean). — *Memento pratique des Sociétés à responsabilité limitée*, 5^e éd.
- THALLER (E.) et PERCEROU. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 7^e éd., revue et mise à jour par J. Percerou. Paris, 1925.
- TROPLONG. — *Du contrat de société civile et commerciale*, 2 vol. Paris, 1843.
- VAVASSEUR (A.), BONNECASE, MOLIÉRAC et RAULT. — *Traité des sociétés civiles et commerciales*, Paris, 1931.
- VIVANTE (Cesare). — *Trattato di diritto commerciale*, t. II (Le società commerciali), 5^e éd. Milan, 1923 ; cité aussi dans la traduction française, par Escarra, d'après la 3^e édition italienne, t. II, Les sociétés commerciales. Paris, 1911.
- WAHL (Albert). — *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Paris, 1922.
- ZACHARIAE, AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*.
- Ann. dr. comm. ou
Ann. Comm. Annales de droit commercial et industriel français, étranger et international. Paris.
- Ann. législ. étrang. . . . Annuaire de législation étrangère, publié par la Société de législation comparée. Paris,

<i>D.</i>	Dalloz, Jurisprudence générale (Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine). Paris.
<i>D. H.</i>	Dalloz Hebdomadaire. Paris.
<i>J. S.</i>	Journal des sociétés civiles et commerciales (Revue pratique de jurisprudence, de doctrine et de législation). Paris.
<i>J. T. C.</i>	Journal des tribunaux de commerce.
<i>P. F.</i>	Pandectes françaises périodiques (Recueil mensuel de jurisprudence et de législation. Paris.
<i>R. S.</i>	Revue des sociétés dirigée par Vavasseur. Paris.
<i>Riv. di dir. comm.</i> ..	Rivista di diritto commerciale, industriale e marittimo, depuis 1910, Rivista di diritto commerciale e di diritto generale delle obbligazioni, dirigée par A. Sraffa et C. Vivante. Milan.
<i>S.</i>	Recueil général des lois et arrêts, fondé par J.-B. Sirey. Paris.
<i>Civ.</i>	Cassation, chambre civile.
<i>Req.</i>	Cassation, chambre des Requêtes.

Table générale des matières

INTRODUCTION.

	Pages
I. — Les différentes clauses de continuation dans les sociétés de personnes.....	5
II. — Evolution des clauses de continuation.....	12
I. Droit Romain.....	12
II. Ancien droit	21
III. Jurisprudence	28
Plan et méthode	30

PREMIÈRE PARTIE

Les conditions d'application de la clause de continuation.

CHAPITRE PREMIER.

<i>Continuation expresse et continuation tacite.....</i>	33
I. — L'interprétation des clauses expresses	33
II. — Formes de la clause de continuation et continuation tacite	41
III. — Annexe. Continuation de fait	54

CHAPITRE II.

<i>Sociétés auxquelles s'appliquent les art. 1865 et 1868.....</i>	63
--	----

CHAPITRE III.

<i>Les Héritiers continueurs d'une société de personnes.....</i>	75
I. — Que faut-il entendre par héritiers ?.....	75
II. — Les héritiers mineurs	94
III. — L'interdît	119
IV. — La femme mariée	123

DEUXIÈME PARTIE

La nature et les effets des clauses de continuation.

CHAPITRE PREMIER.

<i>La clause de continuation dans le cadre des principes généraux..</i>	137
---	-----

CHAPITRE II.

<i>La nature juridique des clauses de continuation.....</i>	147
---	-----

CHAPITRE III.

<i>Les effets des clauses de continuation.....</i>	178
--	-----

TROISIÈME PARTIE

La continuation des Sociétés de personnes en droit comparé.

CHAPITRE PREMIER.

<i>Droit italien</i>	199
----------------------------	-----

CHAPITRE II.

<i>Droit anglais</i>	206
----------------------------	-----

CHAPITRE III.

<i>Droit allemand</i>	214
-----------------------------	-----

CHAPITRE IV.

<i>Droit soviétique</i>	224
<i>Conclusion.....</i>	231
<i>Bibliographie.....</i>	235
<i>Table générale des matières.....</i>	238
<i>Table analytique des matières.....</i>	240

Table analytique des matières

INTRODUCTION.

I. — 1. Le sort des sociétés de personnes à la mort d'un de leurs membres. — 2. Les principes du Code civ. en cette matière. Les diverses stipulations de continuation en usage. — 3. Utilité de ces clauses.....	5
II. — 4. Les diverses sortes de sociétés en droit romain. — 5. Principe de l'intransmissibilité des droits sociaux aux héritiers. — 6. Trois classes d'exceptions à ce double principe. — 7. Ancien droit, les diverses sortes de sociétés. — 8. Le principe de la dissolution à la mort d'un associé et les dérogations qu'y apporte la doctrine. — 9. Les sociétés taisibles. — 10. A la fin de l'ancien droit les clauses de continuation étaient admises.....	12
III. — 11. L'évolution de la jurisprudence. — 12. Plan et méthode.....	28

PREMIÈRE PARTIE

Les conditions d'application de la clause de continuation.

CHAPITRE PREMIER.

Continuation expresse et continuation tacite.

I. — 13. Généralités sur l'interprétation des clauses en usage. — 14. Quelques difficultés d'interprétation. — 15. La clause profite-t-elle à une seule génération d'héritiers ? Peut-on parler de substitution prohibée. — 16. En résumé, les clauses de survie doivent être interprétées largement.....	33
II. — 17. Forme de la clause ; une formule solennelle n'est pas	

nécessaire ; la convention de continuation peut-elle être tacite ? — 18. Cette question est liée à celle du caractère de l'art. 1868 ; la volonté des associés doit être certaine. — 19. Et évidente pour les tiers.—20. Divers exemples de continuation tacite. — 21. Les sociétés de mines. — 22. Les concessions. — 23. Cas où c'est le délai nécessaire à la réalisation de l'objet social qui limite la durée de la société. — 24. Exemple. — 25. Effets de la continuation tacite à l'égard des héritiers. — 26. De la clause qui autorise la cession de parts. Certains auteurs prétendent qu'elle équivaut à une convention de continuation ; opinion contraire de M. Hémar. — 27. Conclusion 41

III. — Annexe, continuation de fait.

I. 28. La convention de continuation postérieure au décès d'un associé, entraîne la prorogation irrégulière de la société. — 29. Bien que certains auteurs, et parfois la jurisprudence l'aient contesté..... 54

II. 30. Continuation d'une société pour les besoins de sa liquidation. — 31. Continuation involontaire par suite de l'ignorance du décès d'un associé. — 32. Continuation de fait et société créée de fait. Intérêt de la distinction entre les parties..... 57

III. — 33. Rapports des associés d'une société continuée de fait et des tiers 61

CHAPITRE II.

Sociétés auxquelles s'appliquent les art. 1865 et 1868..... 63

I. — 34. Définition du contrat de société ; les sociétés civiles. 63

II. — 35. Les sociétés commerciales sont-elles régies par les articles 1855 et 1868. — 36. Les sociétés de personnes ; la société en nom collectif. — 37. La société en commandite simple. — 38. Les sociétés de capitaux, la société anonyme. — 39. Les sociétés mixtes, la société en commandite par actions. — 40. La société à responsabilité limitée. — 41. Les associations en participation. — 42. La mort du gérant est-elle une cause de dissolution ?..... 64

CHAPITRE III.

<i>Les héritiers continuateurs d'une société de personnes.....</i>	75
I. — Que faut-il entendre par héritiers ?	
I. — 43. Dans un sens large, le mot héritier signifie suc- cesseur. — 44. A. Les successeurs <i>ab intestat</i> ? — 45. Les successeurs anomaux. — 46. L'état. — 47. B. Les successeurs testamentaires ; le légataire universel. — 48. Legs à titre universel, legs particulier.....	75
II. — 49. L'héritier continuateur de la personne, l'héritier, successeur aux biens. — 50. La tradition du droit français voit dans l'héritier le continuateur de la personne du défunt. — 51. Conséquences de cette conception qui dérive de la fusion du droit romain et du droit germa- nique. — 52. Les successeurs testamentaires sont-ils des héritiers ? — 53. Le conjoint ? — 54. Le légataire uni- versel ? — 55. Bien que seuls, les continuateurs du défunt soient de véritables héritiers, le bénéfice de la clause de survie peut être étendu également aux simples succes- seurs et représentants.....	83
II. — Les héritiers mineurs.	
I. — 56. Généralités sur la capacité du mineur non éman- cipé. — 57. Du mineur émancipé.....	94
II. — 58. Effets de la clause de survie à l'égard des mi- neurs. Le défunt était commanditaire, associé en nom. — 59. A. La doctrine, arguments invoqués contre la con- tinuation. — 60. En sa faveur. — 61. B. La jurisprudence — 62. C. Critique de la jurisprudence par Lyon-Caen. — 63. Elle a créé une fiction de survie indéfinie de la succes- sion. — 64. Opinion de M. Thaller. — 65. La société prorogée ne change-t-elle pas de nature, en admettant des associés à responsabilité limitée ?.....	98
III. — 66. En résumé, la continuation avec les mineurs est admise sans réserve par la C. Cass. en présence d'une clause expresse	111
IV. — 67. Continuation tacite avec les mineurs et conti- nuation de fait. — 68. A. Continuation tacite ; jurispru- dence. — 69. Conditions de la continuation. — 70. B. Con- tinuation de fait, elle est impossible avec les mineurs. ...	112

V. — 71. Conclusion. Appréciation de la jurisprudence sur la continuation expresse ou tacite de la société avec les mineurs	118
III. — L'interdit.	
I. — 72. Généralités sur la capacité de l'interdit.....	119
II. — 73. Assimilation du cas de l'interdit à celui du mineur.	120
IV. — La femme mariée.	
I. — 74. L'application de la clause de survie à son profit sous le régime de séparation de biens. — 75. Sous celui de communauté réduite aux acquêts. — 76. Sous le régime dotal. — 77. De la communauté pure et simple. — 78. Dans ce dernier cas, le mari est seul associé, inconvénients que soulève cette règle. — 79. L'acceptation bénéficiaire permet à la femme d'être assimilée au mineur. La femme bénéficie d'une stipulation pour autrui.....	123
II. — 80. La femme succède à un coassocié de son mari. On se trouve en présence d'une société entre époux prohibée par la loi. — 81. Cas où la jurisprudence valide les sociétés entre époux. — 82. Le jugement du Tr. civ. d'Avesnes et l'opinion de Houpin. — 83. Appréciation du principe jurisprudentiel de la nullité des sociétés entre époux.....	128

DEUXIÈME PARTIE

La nature et les effets des clauses de continuation.

CHAPITRE PREMIER.

<i>La clause de continuation dans le cadre des principes généraux.</i>	137
I. — 84. Principe de la transmissibilité des obligations aux héritiers sous réserve de l'art. 1122 <i>in fine</i> . — 85. Concernait-il le contrat de société. — 86. La notion d' <i>intuitu personæ</i> et les sociétés de capitaux. — 87. Comparaison de ces dernières aux sociétés de personnes. — 89. La règle de 1865 est une simple présomption de volonté. — 90. Utilité de 1868 en ce qui concerne les tiers. — 91. Conclusion.....	137

CHAPITRE II.

La nature juridique des clauses de continuation.

- I. — 92. La continuation est une charge de la succession. — 93. Objections de M. Pont. — 94. Equivaut-elle à une convention de porte-fort. — 95. Elle n'a pas la même nature. 147
- II. — 96. Clauses constituant une stipulation pour autrui. — Nature juridique de la stipulation pour autrui. — 97. Système de la création directe du droit du tiers. — 98. Caractères de l'acceptation de l'héritier désigné. — 99. L'associé stipulant peut désigner une personne indéterminée. — 100. Rapports entre l'associé promettant et le stipulant. — 101. Entre ce dernier et l'héritier désigné. — 102. La clause de continuation concerne tous les héritiers. 154
- III. — 103. La clause de triple option 160
- IV. — 104. Clause en faveur du conjoint survivant. — 105. De la veuve. — 106. Constitue-t-elle une donation déguisée ? — 107. Une vente entre époux ? Un pacté sur succession future. — 108. Opinion de Capitant. — 109. De Gény. — 110. Critique de cette dernière théorie. — 111. Pourquoi la clause n'est pas un pacte sur succession future. — 112. Les solutions de la jurisprudence. 163

CHAPITRE III.

Les effets des clauses de continuation.

- I. — I. — 113. C'est l'acceptation de la succession qui fait entrer l'héritier dans la société prorogée 178
- II. — 114. De l'acceptation bénéficiaire. — 115. Objections soulevées contre la continuation de la société avec l'héritier bénéficiaire. — 116. Durée du régime de l'acceptation bénéficiaire 179
- II. — 117. Comment se déterminent les droits des héritiers exclus. — 118. La clause dite de dernier inventaire. Sa nature. — 119. Ses inconvénients. — 120. Cas où elle constitue une libéralité indirecte. — 121. Caractères du prix de cession. — 122. Part des héritiers exclus dans les réserves sociales. — 123. Cas où la clause de continuation constitue une libéralité pour l'héritier désigné. 185

III. — 124. Publicité de la continuation. — 125. Fonctionnement de la société prorogée. — 126. Son administration. — 127. Sa liquidation	193
--	-----

TROISIÈME PARTIE

La continuation des sociétés de personnes en droit comparé.

CHAPITRE PREMIER.

Droit italien.

I. — 128. Les diverses sociétés italiennes	199
II. — 129. Le principe de la continuation avec les héritiers. — 130. La clause doit-elle être expresse. — 131. Son caractère obligatoire pour les héritiers. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire. — 132. Le cas de la femme mariée. — 133. Du mineur	200
III. — 134. Publicité à donner à la dissolution de la société par la mort d'un associé. — 135. Administration de la société prorogée. — 136. Survivance de la société dissoute pour les besoins de sa liquidation	203

CHAPITRE II

Droit anglais.

I. — 137. Généralités sur les sociétés anglaises. — 138. A. Les sociétés incorporées. — 139. B. Les sociétés non incorporées . .	206
II. — 140. Le principe de la continuation avec les héritiers. — 141. Droits des héritiers exclus. — 142. La continuation n'est pas obligatoire pour les héritiers. — 143. Continuation de la société pour les besoins de sa liquidation	210

CHAPITRE III

Droit allemand.

I. — 144. Les diverses sortes de sociétés allemandes. — 145. La société en nom collectif, en commandite simple. — 146. En commandite par actions. — 147. L'eingetragene genossenschaft	214
--	-----

- II. — 148. Le principe de la continuation avec les héritiers. —
149. L'article 139 du Code de com. qui confère une option
aux héritiers. — 150. Ils deviennent associés à responsabilité
limitée. — 151. Ou commanditaires. — 152. Droits de l'héri-
tier qui se retire de la société. — 153. Publicité de la dissolu-
tion de la société. — 154. Survie de la société en liquidation.. 218

CHAPITRE IV

Droit soviétique.

- I. — 155. Les sociétés en Russie soviétique. — 156. Les diverses
sociétés. — 157. Sociétés simples, en nom collectif, en com-
mandite 224
- II. — 158. Le principe de la continuation avec les héritiers. —
159. Les héritiers continueurs, les incapables.. 227

CONCLUSION.

- I. — 160. Les principales difficultés soulevées par les clauses
de continuation 231
- II. — 161. Faut-il admettre la continuation de plein droit avec
les héritiers 232
-

1792. — Imp. Jouve et Cie, 15, rue Racine. — 5-1931
